***Reiteración. DESCRIPTORES**: DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA -el poder punitivo no puede actuar legítimamente sino bajo las contenciones que emergen, entre otros, de los derechos a un debido proceso y a la defensa técnica; -debe ser real y efectiva; -su relación con el principio de igualdad ante la ley y los tribunales.- PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS -mayor en instancias judiciales ante casos de mayor gravedad.- Interpretaciones restrictivas implican visiones administrativas y economicistas de sus derechos. CENTRALIDAD DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS -reducción a mera alusión formal cuando se restringe su participación.- DERECHO A LA PRUEBA -exigencia del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho humanitario internacional y del derecho internacional penal. DEBIDO PROCESO -respeto al debido proceso y prohibición de la racionalidad instrumental en un estado de derecho; -deberes de la ética y administración de justicia transicional; -aplicación en la Jurisdicción Especial para la Paz; -no puede limitarse bajo el argumento del principio de temporalidad estricta de la JEP. NON BIS IN IDEM Y CALIFICACIÓN JURÍDICA PROPIA. -diferencias constitucionalmente admitidas. NON BIS IN IDEM Y CALIFICACIÓN JURÍDICA PROPIA.-criterios para que tenga lugar una verdadera calificación jurídica propia-*

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA SANDRA GAMBOA RUBIANO AL AUTO DE LA SECCIÓN DE APELACIÓN TP-SA 702 DEL 3 DE MARZO DE 2021

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sección de Apelación (SA), dejo consignados los argumentos por los cuales salvo mi voto respecto al Auto TP-SA 702 de 2021.

RESUMEN

Me aparto de la decisión mayoritaria por cuanto, en casos en que el compareciente no cuenta con defensa técnica en el trámite de las solicitudes de sometimiento y de concesión de beneficios transicionales a cargo de esta Jurisdicción, se configura una causal de nulidad por la afectación del debido proceso y la defensa de quienes acuden a la JEP, derechos de carácter integral e irrenunciable. En el caso del señor UREÑA MORENO no se le asignó abogado defensor, lo que constituye una negación de la garantía de una defensa técnica. Asimismo, debo hacer un llamado sobre las implicaciones negativas del "principio de estricta temporalidad" creado por la SA mayoritaria, en relación con la vigencia del debido proceso. De igual manera, reitero mi distancia frente a la restricción de la participación activa de las víctimas desde el inicio del procedimiento relativo a la concesión de beneficios provisionales ante las Salas de Justicia. Por otra parte, me concentraré en los contenidos del derecho a la pruebas como exigencia del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho humanitario internacional y del derecho internacional penal. Y, finalmente, lo que se refiere a la calificación por la Jurisdicción Especial para la Paz de un hecho punible sancionado de conformidad con los cánones nacionales, debe diferenciarse el cumplimiento del mandato de reconocimiento en lógica de responsabilidad penal internacional, de un fenómeno donde simplemente se quiera *sustituir* la decisión adoptada en la Justicia Penal Ordinaria.

En el auto respecto del cual salvo el voto, la Sección mayoritaria decidió confirmar la Resolución SAI-AOI-LC-D-RJC-0078 de 2020, mediante la cual Sala de Amnistía e Indulto, rechazó de plano el trámite de amnistía y negó el beneficio provisional solicitado por el señor Franklin UREÑA MORENO al considerar que, si bien cumple los factores personal y temporal de competencia por estar acreditado por el Alto Comisionado para la Paz como ex integrante del otrora grupo subversivo de las FARC-EP y porque los hechos se dieron antes del 1 de diciembre de 2016, no sucedió lo mismo con el material de competencia. Esto es que, como se observó en los fallos proferidos por los jueces ordinarios, se trató de un homicidio simple, sin que se hubiese hecho alusión a que el delito se hubiese cometido en el contexto del conflicto armado no internacional o estuviese vinculada al accionar ilegal de la referida guerrilla.

Como lo anuncié en precedencia me aparto en forma total de la mencionada decisión, y como en múltiples oportunidades he expresado mi oposición sobre aspectos coincidentes me permito remitir a varios votos disidentes referidos a: el derecho de defensa técnica y el llamado principio de estricta temporalidad[1]; la restricción de la participación activa de las víctimas en todo el procedimiento transicional desconociéndose la centralidad de las víctimas[2]; el derecho a la práctica de pruebas en todas las etapas procesales de beneficios en la justicia transicional[3] y la función de la calificación propia de la JEP bajo los parámetros de la normativa del DIDH, el DIH y el DPI, de modo que no se encuentre a mitad de camino de la vulneración del principio del *non bis in ídem*.[4]

Así, en los términos expuestos, de manera respetuosa, dejo consignados los motivos por los que salvo mi voto.

Con toda consideración,

[Documento suscrito con firma escaneada]

SANDRA GAMBOA RUBIANO
Magistrada

[1] Salvamento de voto de la magistrada Sandra Gamboa Rubiano sobre el Auto TP-SA 731 de 2021.

[2] Salvamento de voto de la magistrada Sandra Gamboa Rubiano sobre el Auto TP-SA 539 de 2020.

[3] Salvamento de voto de la magistrada Sandra Gamboa Rubiano sobre el Auto TP-SA 639 de 2020.

[4] Salvamento de voto de la magistrada Sandra Gamboa Rubiano sobre la Sentencia TP-SA AM 168 de 2020.

DESCRIPTORES: *DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA -el poder punitivo no puede actuar legítimamente sino bajo las contenciones que emergen, entre otros, de los derechos a un debido proceso y a la defensa técnica; -debe ser real y efectiva; -su relación con el principio de igualdad ante la ley y los tribunales- DEBIDO PROCESO -respeto al debido proceso y prohibición de la racionalidad instrumental en un estado de derecho; -deberes de la ética y administración de justicia transicional; -aplicación en la Jurisdicción Especial para la Paz; -no puede limitarse bajo el argumento del principio de temporalidad estricta de la JEP.*

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA SANDRA GAMBOA RUBIANO AL AUTO DE LA SECCIÓN DE APELACIÓN TP-SA 713 DEL 27 DE ENERO DE 2021

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sección de Apelación (SA), dejo consignados los argumentos por los cuales salvo mi voto respecto al Auto TP-SA 713 de 2020[1].

RESUMEN

De manera consistente con la que ha sido mi postura respecto al desconocimiento de la garantía a la defensa técnica, y además, eficaz, cuando la hay, como expresión del derecho al debido proceso en trámites ante la JEP, en esta oportunidad mantengo mi distancia respecto de las consideraciones de la mayoría de la Sección, referidas en afirmar que no es necesaria la defensa técnica dentro del trámite de beneficios provisionales, pues considero que son argumentos no correspondientes con el propósito de un Estado Social de Derecho de la garantía y derecho aludido. Asimismo, es mi deber hacer un llamado sobre el principio de estricta temporalidad creado por la SA mayoritaria, que puede generar serios quebrantamientos al debido proceso.

[1] Esta decisión fue tomada por el recurso interpuesto por la defensa del compareciente contra la resolución SAI-AOI-T-ASM-2010-2019.

Defensa técnica en procedimientos que resuelven solicitudes de libertad condicionada

Jurisprudencia de la Sección de Apelación mayoritaria

1. La SA mayoritaria se ha decantado en su jurisprudencia por considerar que, tratándose de beneficios provisionales de competencia de la JEP, como lo es la LC, también llamados de menor entidad,, el derecho a la defensa de los solicitantes no implica el derecho a contar con defensa técnica. Esto es, quienes soliciten beneficios liberatorios provisionales a la JEP, no tendrían derecho a tener un abogado que los asista y represente en su defensa. Por lo cual, se entiende que con la defensa material que pueda hacer el compareciente se da por cumplido este derecho, aunque advierte que, si así lo desea, puede designar un defensor de confianza.

2. Si bien la Ley 1922 de 2018 en su artículo 6 dispone sobre la Defensa de los comparecientes, ello no puede entenderse, como lo hace la mayoría de la Sección, que sólo los comparecientes tienen derecho a la defensa técnica. La norma implica que la defensa es sobre un compareciente como sujeto procesal, más no algo adicional o sin relevancia. **El derecho a la defensa técnica es de carácter constitucional y es norma perentoria del Derecho Internacional**. La ley de procedimiento de la JEP no puede interpretarse como una excepción; por el contrario, debe estar enmarcada en los principios definidos en la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad en la materia, lo cual implica, entre otros, la consideración a los principios antes referidos y sus desarrollos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

3. Sugerir que el derecho de defensa técnica, en el marco de los procedimientos ante la JEP se adquiere solo al fijar competencia sobre el asunto, desdice del carácter que la Constitución reconoce a esta Jurisdicción Especial, como aquella que tiene dentro de sus objetivos "*adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas*"[2].

4. La línea argumentativa adoptada, deja de lado un aspecto central del derecho al debido proceso en escenarios en los cuales el objeto de la decisión es la libertad individual. La libertad constituye uno de los derechos fundamentales que expresa la dignidad humana en un Estado Social de Derecho. Así, los límites impuestos al

[2] Acto Legislativo 1 de 2017, artículo transitorio 5.

Estado como titular de la acción punitiva se basan en reconocer la asimetría entre aquel como quien detenta el poder y el sujeto investigado, procesado o condenado.

5. Las normas que establecen beneficios para quienes se encuentran sometidos, por ejemplo, a un proceso punitivo, no por tratarse de beneficios pierden el nivel de exigibilidad de los derechos de personas investigadas, procesadas o condenadas. Si el Estado establece un marco normativo para ceder de manera justificada en el ejercicio de la acción penal y por ello de brindar condiciones de libertad personal, debe también ofrecer garantías para la efectividad de dicho derecho; esto es, garantías de debido proceso, que contemplen el derecho de defensa.

6. Los beneficios transitorios establecidos en el marco de la JEP como componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición, no por ser beneficios liberatorios, implican un procedimiento que pueda desligarse de considerar la naturaleza de la acción punitiva del Estado. Ello a mi parecer resulta obvio si se tiene en cuenta que cuando el Estado establece en el ordenamiento jurídico, incluso de carácter transitorio, supuestos dentro de los cuales la libertad personal puede recuperarse de manera condicionada, no le es dado disminuir las garantías que amparan la efectividad de ese derecho fundamental. Como lo describió la Corte Constitucional "*el Acto Legislativo 01 de 2017 fija las bases del* ***modelo de persecución penal en el marco de la justicia transicional****, a partir de tres elementos: (i) la universalidad del sistema, para que la función persecutoria se extienda a todos los actores del conflicto armado; (ii) la selectividad en la función persecutoria, para que el deber de investigar, juzgar y sancionar se concentre en los máximos responsables de los delitos más graves y representativos; (ii) la creación de un esquema de incentivos condicionados*"[3] (negrilla fuera del texto).

7. La normativa nacional ordinaria sobre el derecho a la defensa ha sido desarrollada jurisprudencialmente, sosteniendo que posee rango constitucional y está caracterizado por su intangibilidad, realidad, materialidad y permanencia. Es *intangible* e irrenunciable en tanto implica la designación de un abogado de confianza por parte del procesado y ante la imposibilidad de hacerlo, la obligación **ineludible** del Estado, de asignarle un defensor público o de oficio. Es *real* o *material* ya que *"no es garantía del derecho a la defensa la sola existencia nominal de un profesional del derecho"*[4]. Y es *permanente*, debido a que a lo largo del proceso la representación técnica ha de ser ininterrumpida, tanto en la investigación como en el juzgamiento.

[3] Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2017, numeral 5.3.2.4.2. MP. Luis Guerrero Pérez.
[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 48128, SP154-2017 de 18 de enero de 2017.

El ejercicio jurídico de la defensa técnica debe responder a altos niveles de calidad que aseguren la garantía fundamental y permitan el cumplimiento del debido proceso.

8. Como en múltiples ocasiones me he referido[5]. La defensa técnica, como garantía efectiva del debido proceso, es una obligación en materia de derechos humanos que incluso tiene como fuente el *ius cogens*. En tal marco, en el auto aprobado por la Sección mayoritaria, se avizora un horizonte distante respecto a una debida consideración sobre la *calidad* que debe tener la defensa técnica en una actuación surtida en un Estado Social de Derecho. La mera presencia de un profesional del Derecho no es suficiente para entender satisfecha la garantía fundamental.

9. Sobre la particular resulta especialmente esclarecedora la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en el caso conocido como "*La Chinita*"[6]. En la referida providencia, el alto tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse ampliamente sobre el carácter de la defensa técnica, para precisar a todos los efectos que la misma no se agota en los límites formales del acompañamiento de un profesional del derecho, sino que para ser efectiva debe comportar condiciones de calidad. En efecto, con ocasión del análisis de una condena proferida cerca de quince (15) años antes, la CSJ reafirmó la descalificación que merecían las reglas de acuerdo con las cuales cualquier tipo de defensa pudiera considerarse defensa técnica efectiva, y lo hizo a propósito de reconocer que hasta 1996 mantuvo vigencia, en el ordenamiento jurídico colombiano, una norma de procedimiento penal según la cual en algunos casos resultaba admisible que la defensa, en casos que comprometían la libertad individual, la adelantarán personas "*honorables*"[7].

10. Recordó entonces la CSJ que tal como lo había determinado la Corte Constitucional, las permisivas normas procesales anotadas no podían ser justificadas en el marco de la Constitución Política de 1991. En efecto, el tribunal

---

[5] Ver, los votos disidentes de la magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto TP-SA 560, 606 y 686 de 2020.

[6] Corte Suprema de Justicia, Radicado 19915 del 20 de junio de 2005, proceso por los delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado y concierto para delinquir con fines terroristas, en el municipio de Apartadó (Antioquia), Barrio "*La Chinita*", M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

[7] Decreto 2700 de 1991: "***ARTICULO 148. Personas habilitadas para la defensa del imputado***. *De conformidad a lo dispuesto por el Decreto 196 de 1971, el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable siempre que no sea servidor público. // Los estudiantes de derecho, pertenecientes a consultorios jurídicos o los egresados, podrán intervenir en las actuaciones procesales, en las condiciones previstas en los estatutos de la profesión de abogado y de la defensoría pública.*" Y Decreto 196 de 1971, Estatuto de Ejercicio de la Abogacía: "***ARTICULO 34.*** *El cargo de apoderado para la indagatoria del sindicado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable, siempre y cuando no sea empleado público*".

constitucional, en un proceso originado en una acción pública de inconstitucionalidad contra los Decretos 196 de 1971 y 2700 de 1991, había sostenido:

> [E]s claro que existe un derecho constitucional fundamental reconocido en la carta política llamado derecho de defensa técnica que adquiere dimensiones especiales en materia penal, como quiera que el Constituyente fue explícito en la materia al disponer lo que aparece en el mencionado artículo 29 de la Carta. En este sentido asiste razón al Procurador General quien manifiesta que la alocución "toda" consignada en el mandato superior en cita, debe ser entendida como comprensiva de todo el itinerario en que se vierte la actuación judicial en el campo penal y así lo ha dicho esta Corporación; además, al igual que la referencia que en el mismo texto se hace al "sindicado" de la misma disposición superior debe entenderse receptora de aquéllas que en la misma **normatividad aluden a los imputados, procesados, y aún a los condenados**, pues en toda la actuación procesal previa de instrucción, juzgamiento y ejecución de pena, debe prevalecer como garantía mínima la asistencia del defensor habilitado profesionalmente para dicho fin[8]. (negrilla fuera del texto).

11. Concluyó la CSJ, para el caso concreto en el que la mayoría de los condenados no habían contado con defensa técnica que "[l]*a defensa también debe ser continua y unitaria, es decir, ejercida a todo lo largo del proceso, no episódica, ni temporalmente, y que comprenda tanto la etapa de la investigación como la del juzgamiento. // Que la defensa técnica reúna estás tres características -real o material, continua o permanente y unitaria. Es algo que emana del adecuado entendimiento del proceso penal como una relación dialéctica entre los extremos de la acusación y la oposición, en cuyo dinámico actuar en condiciones de igualdad se forma el contradictorio, permanente realidad del debate entre contrarios que pretende alcanzar como síntesis la verdad que conduce a la solución definitiva del conflicto. // El hecho de que una de las partes de la ecuación, a la que le compete las tareas de investigación, acusación y fallo sea el Estado, hace imperioso que la existencia verdadera del contradictorio solo resulte viable a condición de que la otra parte, el procesado, se le suministren las herramientas necesarias para el cumplimiento de su labor y se le reconozcan las garantías suficientes para lograr que tal tarea sea siempre posible. Si ello no es así el proceso penal se torna ilegítimo*"[9]

---

[8] Corte Constitucional, Sentencia C-049 de 1996. MP. Fabio Morón Díaz. Ver también: Corte Constitucional, Sentencia C-592/93. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz; C-150 y C-252 de 1993, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell y C-071 de 1995, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

[9] Ver Corte Suprema de Justicia, Radicado 19915 del 20 de junio de 2005, proceso por los delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado y concierto para delinquir con fines terroristas, en el municipio de Apartado (Antioquia), Barrio "*La Chinita*", M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

12. Enfatizo en esta oportunidad en la importancia de que la Sección Mayoritaria revise el argumento según el cual dado que la Jurisdicción Especial implica varios procedimientos que involucran beneficios, no son de recibo consideraciones de derecho penal que corresponden a escenarios ordinarios de procesamiento sancionatorio. En tanto quienes acuden ante la JEP están formulando una solicitud ante el Estado para que este determine si se encuentran dentro de los supuestos que posibilita la aplicación de un marco normativo específico, con reglas particulares sobre la definición de su libertad personal y de situación jurídica, es propio del deber de garantía de los derechos humanos, del que es titular ese Estado, dotar a los referidos solicitantes de las condiciones suficientes para defender su pretensión.

13. La ausencia de defensa o el ejercicio de una defensa deficiente, no puede ser un asunto que pase desapercibido por un juez que responda a los objetivos del SIVJRNR. En la providencia de la cual me aparto, se presenta la inobservancia de las garantías necesarias para el ejercicio concreto de la defensa, hecho que no puede ser ignorado pues impone una carga desproporcionada a quienes son solicitantes de libertad, dado que se trata de actuaciones que requieren de cierto nivel de experticia[10] y lo que se ha establecido por la SA mayoritaria es que quedan librados a sus propias fuerzas. En el caso concreto, al señor POVEDA ORTÍZ se le asignó en la primera instancia una defensora para que lo representara[11] . Sin embargo, durante toda la actuación, no se observó actuación alguna por parte de la profesional designada en representación de los intereses del solicitante, lo que significó que el peticionario actuara desde su primera petición hasta la presentación de los recursos, en solitario mediante la defensa material.

Mi oposición a la creación jurisprudencial de "principios" que limitan derechos fundamentales en la JEP

14. Como he señalado de manera insistente[12], las determinaciones que adopte la SA y, en general, las de la Jurisdicción Especial, deben atender los preceptos constitucionales e internacionales, en especial el derecho al debido proceso, uno de los ejes fundamentales de la administración de justicia. La explicación del sostenimiento de este derecho, aún en un régimen de justicia transicional (JT) como el que representa la JEP, reposa sobre dos cuestiones principales: obedece a su

[10] Las condiciones para la interposición de tal recurso en la Jurisdicción Especial para la Paz se encuentran contempladas en el artículo 14 de la Ley 1922 de 2018, Ley de Procedimiento de la JEP.
[11] La abogada adscrita al SAAD de la JEP y asignada para representar al interesado en el trámite ante la SAI fue notificada de la decisión el 17 de julio de 2019.
[12] Ver, los votos disidentes de la magistrada Sandra Gamboa Rubiano a los autos TP-SA 653 y 683 de 2020, entre otros muchos más.

calidad de derecho fundamental bajo el ordenamiento nacional y de norma propia de *ius cogens* desde el derecho internacional público. Desde una aproximación sociológica y filosófica de derechos humanos, el debido proceso es un mecanismo que **contiene** al Estado respecto del ciudadano.

15. Este segundo aspecto implica reconocer que en términos de legitimidad del Estado, l**os ciudadanos no pueden ser objeto de cosificación, ni aún en nombre del alcance de la paz** y que la confluencia entre la visión normativa del Estado debería trascender hacia la expresión sociológica de la legitimidad del Estado[13]. De ahí que advertir el sendero hacia una paz estable y duradera implique el reconocimiento del derecho a un debido proceso como estructura integrante del *estado de derecho*, como corrobora la Corte Constitucional al destacar que debido proceso y seguridad jurídica constituyen presupuestos de una paz estable y duradera[14], y que al ejercer la función punitiva: "*el juez no sólo debe operar como instrumento de defensa y garantía de los derechos de la víctima del delito y de la sociedad mayoritaria, sino también de los derechos del delincuente*[15].

16. Si se acepta la existencia de algo concebido como Estado ético, debe concluirse, aún aceptando, cuando menos, que los procesos de monopolización de lo universal implican la imposición de variaciones éticas[16], que **los derechos humanos constituyen un verdadero límite al poder del Estado**, incluso, insisto, si se llega a considerar la existencia de un fenómeno cercano a la eticidad del Estado. Por ello, he expresado en otros votos disidentes, que dentro de los escenarios contemporáneos de JT, acceder al impuesto constitucionalmente, es decir, uno que constituya una verdadera estrategia para la reconciliación, de superación del conflicto armado, así como para garantizar los derechos de las víctimas y *fortalecer el Estado de Derecho*[17], exige abordar lo que puede corresponder al derecho en la

---

[13] Por ejemplo, Martínez Ferro recuerda con fundamento en Weber y Kelsen que el concepto sociológico de Estado y de orden legítimo se contrapone a una simple concepción jurídica de Estado y validez jurídica, para la cual el Estado no resulta más que un sistema normativo vigente. Martínez Ferro, Hernán. (2014). *Legitimidad, razón y derecho. Dos modelos de justificación del poder político*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

[14] AL 01/17, AT 5, inciso 1,AT 12, incisos 1 y 6, y parágrafo. Ver también, Ley 1922 de 2018, artículo 1, inciso 2.

[15] Corte Constitucional, Sentencia C-342 de 2017. MP. Alberto Rojas Ríos. Ello no desconoce la existencia de un proceso de selección del poder punitivo: "si se tiene en cuenta que *los criminalizados, los victimizados y los policizados (...) son seleccionados de los sectores subordinados de la sociedad*, cabe deducir que el ejercicio del poder punitivo aumenta y reproduce los antagonismos entre las personas de esos sectores débiles. (cursivas del texto original). Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. (2006) *Manual de Derecho Penal.* Parte General. (2ª Ed., 7ª reimp.). Buenos Aires: Ediar, p. 17.

[16] Bordieu encuentra que el propio Estado como estructura sociopolítica no se libra de dicho proceso de apropiación, por lo que se determinan transformaciones desde lo social y lo cultural hacia lo político, que implican dichas variaciones. Bordieu, Pierre. (2012). "Las dos caras del Estado" (no publicado por el autor), Le Monde Diplomatique, Nº. 151.

[17] CC. C-080/18, pág. 188. En la Sentencia C-577/14, la Corte encontró que la democratización social es parte esencial de la transición, con dos dimensiones en el caso colombiano: (i) la "*ampliación de la base democrática con*

construcción de una paz estable y duradera, **bajo una observancia ética que permita la no repetición**. No en vano la jurisprudencia constitucional vincula la noción de JT con procesos de **profunda transformación social y política**.[18]

17. Esto a su vez explica que la dignidad humana se conciba contemporáneamente como el fundamento de los derechos humanos, y por tanto, uno de los elementos que podrían llevar a afirmar la aludida eticidad del Estado. Ello implicaría en este escenario de JT, cuestiones irreductibles como que procesados y víctimas nunca puedan ser interpretados como ***cosas*** **o como caminos supuestamente justificantes para determinados fines**. En palabras de la Corte Constitucional, al referirse a la función punitiva del Estado: "*la existencia del derecho a ser sujeto del proceso y no simplemente objeto del mismo*". Ello, incluso desde la limitada eticidad kantiana, entraña considerar el ser humano como un valor intrínseco y como un fin en sí mismo.

18. Entre muchos otros pensadores, Habermas sintetiza la racionalidad instrumental o formal como el sustento de la cultura industrial que implica extraer la ética de la razón sustancial. Entonces, aún en Habermas, la razón instrumental se erige con el imperio de una restringida aproximación fenoménica, como considerar nuclear lo que la Sección mayoritaria denomina "principio" de estricta temporalidad, pues, a través de allí, continúa Habermas, se opone incluso a la base normativa de los derechos humanos.

19. En ello también ha consistido mi desacuerdo con cuestiones que la Sección mayoritaria titula como *el principio de estricta temporalidad*, la denegación del derecho de defensa técnica a quienes la JEP no reconoce aún como comparecientes e incluso respecto de comparecientes, la limitación de los derechos de las víctimas, la figura de la *conexidad contributiva*, la aplicación de tarifas probatorias a criterios determinadores de la libertad, entre otras cuestiones.

---

*la **inclusión** de todos aquellos que por causas del conflicto armado o del régimen que se intenta dejar atrás se encontraban por fuera*"; (ii) un proceso que también sirve "*a la reparación de los lazos sociales que se han visto rotos por el conflicto y las consecuentes violaciones de derechos humanos*". Considerando 5.1. Ver asimismo Sentencias C-370/06 y C-674/17.

[18] CC. C-577/14, considerando 5.1. En las sentencias C-379/19 y C-025/18, la Corte destaca que las medidas de transición a la paz tienen como objetivos principales la reconciliación, la eficacia de los derechos y el fortalecimiento del Estado participativo y democrático de derecho. Ver, asimismo las sentencias C-579/13 y C-052/12.

20. Desde luego, la creación de un "*principio de estricta temporalidad*", a partir de la sentencia Senit 01, ha sido otro de los senderos determinados por la SA mayoritaria para ingresar hacia una visión *unánime* de la administración de justicia en la JEP como se observa en los principios generales de la Senit 01 en múltiples órdenes, que a mi juicio podrían transgredir la Constitución. Entre ellos, se encuentran: (i) señalar que la SA puede introducir "*reconfiguraciones operativas y periódicas a la Jurisdicción Especial*"[19]; (ii) sostener que las Senit no se encuentran previstas "*en el ordenamiento ordinario*"[20]; (iii) afirmar que en virtud del principio de temporalidad, "*el derecho transicional debe ser objeto de interpretación uniforme desde el inicio de la actuación de sus diferentes órganos*", agregando que en tanto no es posible aguardar a que las magistradas y magistrados de la JEP converjan en la interpretación del derecho ante el paso del tiempo, esta labor se ubica en cabeza de la SA para que guíe a través de la "*jurisprudencia temprana*"[21].

21. **La temporalidad no es un principio**, sino que constituye una característica de esta Jurisdicción, que, por supuesto debe tenerse en cuenta en el ejercicio de sus funciones, pero que no está llamada a servir de justificación para redefinir a la JEP ni orgánica ni sustancialmente. Así, independientemente de la temporalidad de la JEP, no se puede descartar el estudio previo y juicioso que debe hacerse de las solicitudes y del material obrante en el expediente que tiene el magistrado o magistrada de la Sala correspondiente, pues abiertamente desconocería los principios y reglas constitucionales. Por ello, el carácter temporal de esta Jurisdicción no reviste la envergadura necesaria para limitar el debido proceso, institución, esta sí, que opera, según la Corte Constitucional como principio, garantía o derecho.[22]

22. En el caso particular la Sección mayoritaria llega a un punto inconcebible desde una perspectiva de estado de derecho, pues no se restringe a señalar la

---

[19] Agrega como propósitos para ello: "de modo que esta se mantenga a tono con la mejor concepción jurídica que demanden las normas y las exigencias de justicia material y búsqueda de la verdad que históricamente deba enfrentar y solventar". TP-SA Senit 01/19, párr. 6.

[20] Ibíd., párr. 10.

[21] Ibíd., párr. 12.

[22] Resulta suficientemente claro que la doble instancia puede operar como principio, garantía o derecho. No queda ninguna duda de su condición de derecho, pues, cuando el ordenamiento jurídico le confiere a una persona la potestad o prerrogativa de hacer uso de un recurso contra una providencia judicial, ante el superior jerárquico que la profirió; este sujeto está en la posibilidad de hacer efectivo dicho poder. Tampoco puede desconocerse que la doble instancia puede salvaguardar bienes más caros al ordenamiento como el debido proceso, el acceso a la administración de justicia o la credibilidad y confianza de la administración de justicia, con lo cual, se pone de manifiesto su papel de garantía. Finalmente, su calidad de principio que orienta la lectura las disposiciones procesales y, en particular las disposiciones de orden sancionatorio, ha sido consolidada por la doctrina y la jurisprudencia" Corte Constitucional, Sentencia T-388 del 26 de junio de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

temporalidad como un supuesto principio, sino que además, limita el actuar la Sala al referir que,

> El despacho de la SAI ha debido entonces evaluar si se presentaban nuevos hechos o circunstancias que ameritaran desconocer la decisión ya proferida por la JPO al negar la LC; de lo contrario, ha debido estarse a lo resuelto por el JEPMS. Pese a todo, la Sección encuentra innecesario pronunciarse a esta altura sobre la debida sustentación del rechazo de la LC –si confirmar la decisión denegatoria o revocarla para estarse a lo resuelto por la JPO—, puesto que la solicitud de beneficios transicionales, provisionales y definitivos, se inadmitirá por incompetencia, lo que hace inane el examen del beneficio provisional en virtud de los principios de celeridad, economía procesal **y temporalidad que guían esta jurisdicción**[23]**.** (resaltado fuera del original)

23. Lo que a la postre resulta implicando que las decisiones no se toman de conformidad a las etapas establecidas en el procedimiento transicional como garantía de un debido proceso, sino en atención al "principio" de temporalidad, al que denomina como "*principio orientador de la JEP*". Cuestión que va en contra de los derechos no sólo de los comparecientes y las víctimas sino también de la verdad restaurativa como eje central de la Jurisdicción Especial.

Así, en los términos expuestos, de manera respetuosa, salvo mi voto.

Con toda consideración,

[Documento suscrito con firma escaneada]

SANDRA GAMBOA RUBIANO
Magistrada

[23] Ver, párrafo 14 del auto objeto de mi salvamento de voto.

Nota bene: el auto TP-SA 539 de 2020, objeto de este salvamento parcial de voto, fue discutido y preaprobado en la sala virtual del 15 de abril de 2020. En dicho auto, por disposición de la Sección mayoritaria, se consigna como fecha de aprobación el 22 de abril de 2020, sin embargo, debo aclarar que en dicha sesión no se procedió a la votación sobre el mismo, mi votación por ello fue emitida en la sesión del 29 de abril de 2020.

***DESCRIPTORES**: PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD. –No pueden crearse principios que limiten los derechos fundamentales-. DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA EN LA JEP -en caso de conflicto, prima sobre la Defensa Material- DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA EN LA JEP- interacción cualificada con el administrador de justicia. OPORTUNIDAD PROBATORIA - no puede valorarse como prueba lo manifestado en alegatos de conclusión - ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA JEP - inadecuada introducción de formas propias del derecho privado.*

***REITERACIÓN** CENTRALIDAD DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS -exigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y característica ineludible en la Jurisdicción Especial para la Paz. DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - aplicación en todos los procedimientos desarrollados por la JEP. DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA -publicidad de las actuaciones de la JEP. NOTIFICACIÓN DE DECISIONES A LAS VÍCTIMAS DETERMINADAS -realiza la garantía de acceso a la administración de justicia. LIBERTAD CONDICIONADA -Acreditación del factor personal-. LIBERTAD CONDICIONADA. -Interpretación adecuada del numeral 4 de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016.*

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA SANDRA GAMBOA RUBIANO AL AUTO DE LA SECCIÓN DE APELACIÓN TP-SA 539 DEL 22 DE ABRIL DE 2020

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente: 2019340530900012E

Solicitante: Jhon Alexander CARDONA HERNANDEZ

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sección de Apelación (SA), dejo consignados los argumentos por los cuales debo salvar parcialmente mi voto respecto de la decisión adoptada mediante Auto TP-SA 539 de 22 de abril 2020.

Planteamiento

1. En el Auto respecto del cual salvo parcialmente el voto, la Sección mayoritaria decidió confirmar lo resuelto en la resolución SAI-AOI-D-RJC-0231-2019 de 24 de diciembre de 2019, proferida por la Sala de Amnistía o Indulto (SAI), que inadmitió por incompetencia la petición de amnistía presentada por el solicitante, determinación con la que me encuentro de acuerdo.

2. Sin embargo, en el numeral segundo de la parte resolutiva se dispuso la notificación de la providencia al solicitante y al delegado de la Procuraduría General de la Nación, sin ninguna referencia a las víctimas reconocidas en las sentencias condenatorias, lo me ha demandado disentir de lo resuelto por la SA en anteriores ocasiones, en tanto dicha decisión contrasta con la centralidad de los derechos de las víctimas en las actuaciones adelantadas en la JEP.

3. Igualmente, la providencia que nos ocupa replica una interpretación restrictiva de la norma que contempla los requisitos para el cumplimiento del factor personal de quienes pertenecieron o colaboraron con las FARC-EP. Dados los múltiples pronunciamientos que los dos aspectos anteriores me han requerido, me permito acompañar este escrito con un voto disidente anterior que contiene las temáticas hasta ahora referidas para mayor ilustración de lectores y lectoras[1]. Además de ello, procedo a agregar las siguientes consideraciones.

El principio de temporalidad como fundamento para abstenerse de administrar justicia.

4. En el párrafo 19 de la providencia respecto de la cual salvo mi voto se señala:

> En consonancia con lo anterior, existen dos mecanismos para desestimar peticiones improcedentes o abiertamente infundadas sin que sea necesario un mayor despliegue analítico por parte del juez transicional. Así las cosas, procede un *rechazo de plano* cuando aún no se ha proferido una providencia que avoque conocimiento del asunto, mientras que procede la *inadmisión por incompetencia* después de avocar conocimiento, pero en todo caso antes del cierre del trámite respectivo, esto es, con anterioridad a que se produzca la terminación formal de la fase probatoria de la amnistía, y previo a que se surta el traslado a los intervinientes para formular sus apreciaciones y pretensiones. **Lo anterior, encuentra fundamento en que un estudio detallado de asuntos por fuera de la competencia de la JEP no solo resultaría innecesario, sino que correría el riesgo de generar una congestión judicial en las Salas de Justicia, lo cual es sumamente lesivo para los intereses de los comparecientes, de las víctimas y de los demás intervinientes, dada la temporalidad limitada de la JEP.** (énfasis suplido)

[1] Salvamento de voto de la magistrada Sandra Gamboa Rubiano, Auto TP-SA 302 de 2019.

5. En el desarrollo de la jurisprudencia mayoritaria de la SA se ha acuñado un principio que se denomina como *estricta temporalidad,* el cual, de acuerdo con la postura mayoritaria habilita una serie de actividades extrañas al normal ejercicio de la administración de justicia.

> El principio de estricta temporalidad es un mandato constitucional que debe ser observado a fondo por cada Sala o Sección de la JEP, y permea integralmente sus procedimientos. La JEP tiene un plazo perentorio de existencia ya definido. La demanda y oferta de justicia, verdad, reparación y no repetición, operada a través de los mecanismos especiales de la JEP, solo tienen una única oportunidad de ejercicio histórico y no podrá repetirse ni prorrogarse. Por ello, los jueces, justiciables, víctimas e intervinientes en esta Jurisdicción están sujetos a introducir, validar y privilegiar prácticas que, más allá de los requerimientos tradicionales de la economía procesal, permitan en el menor tiempo agotar las finalidades superiores de la justicia transicional. Las Senit, **por este motivo, corresponden al requerimiento de brindar concepciones dogmáticas y orgánicas del derecho transicional, que en cada momento sean las más adecuadas a los medios y fines de la Jurisdicción Especial, y que se puedan compartir desde un primer momento por parte de todas sus Salas y Secciones.** No tiene sentido que, en un foro jurisdiccional eminentemente transitorio, la unificación jurisprudencial esencial se lleve a cabo solo o acumulativamente al término de su singladura, cuando ya sus componentes no podrán incorporar las orientaciones interpretativas indispensables para actuar de manera unificada y fecunda (Negrilla fuera del texto).[2]

6. A propósito de esa elevación del término por el cual fue prevista esta Jurisdicción a categoría de principio, en su momento expresé mi más profunda preocupación por las consecuencias adversas que trae consigo para la construcción dialógica y pluralista de la justicia transicional.

> [L]a creación del principio de temporalidad, ha sido uno de los senderos determinados por la SA mayoritaria para ingresar hacia una visión unánime de la administración de justicia en la JEP como se observa en los principios generales de la Senit 01 en múltiples órdenes, que a mi juicio podrían transgredir la Constitución. Entre ellos, se encuentran: (i) señalando que la SA puede introducir "reconfiguraciones operativas y periódicas a la Jurisdicción Especial" [cita omitida]; (ii) sosteniendo que las Senit no se encuentran previstas "en el ordenamiento ordinario" [cita omitida] ; (iii) afirmando que en virtud del principio de temporalidad, "el derecho transicional debe ser objeto de interpretación uniforme desde el inicio de la actuación de sus diferentes órganos", agregando que en tanto no es posible aguardar a que las magistradas y magistrados de la JEP converjan en la interpretación del

[2] Tribunal para la Paz, Sección de Apelación Sentencia Interpretativa 01 de 2019 (SENIT 1), párr 13.

> derecho ante el paso del tiempo, esta labor se ubica en cabeza de la SA para que guíe a través de la "jurisprudencia temprana".[3]

7. De forma que, mi preocupación no se limita a la potencial defraudación de la confianza que surgiría de encontrar que la limitación en el tiempo de la JEP implique el abandono de los cometidos de construcción de verdad histórica, aplicación de justicia material y restauración de los derechos de las víctimas. Ahora, no solamente parecer buscar la SA mayoritaria utilizar un argumento si acaso eficientista para anular la participación de los demás juristas que componen la magistratura, sino además para justificar la no admisión de asuntos en la JEP por encima del derecho al acceso a la administración de justicia, el cual inequívocamente tiene categoría de fundamental, razón por la cual resulta imposible anteponer la *"estricta temporalidad"*.

8. El afán de cumplir la tarea asignada a la JEP no puede constituirse en excusa para sustraerse de administrar justicia en detrimento de las ciudadanas y los ciudadanos que claman su impartición. Por esta razón no puedo compartir la manifestación de la SA mayoritaria a la que he hecho énfasis en la cita precedente *(supra párr 2)*. El único y suficiente argumento que soporta una decisión de rechazo o inadmisión por incompetencia es que ningún ente estatal puede pronunciarse sobre un asunto sin estar investido constitucional o legalmente para ello, por eso, en el caso que nos ocupa basta con sostener que no se cumple alguno de los factores que habilitan a la JEP para conocer el asunto como soporte de la decisión tomada.

9. En otra ocasión, me ví obligada a hacer reflexiones muy profundas respecto al uso de la temporalidad como excusa para soslayar garantías fundamentales de personas consideradas como enemigas del estado[4]. En esta oportunidad traigo a colación la misma cita qué entonces aludí del maestro Zaffaroni, para insistir en que esta práctica no se puede acuñar en la JEP pues se corre un riesgo inconmensurable de incurrir en prácticas autoritarias en contra de los ciudadanos erigidos como obstáculos para la consecución de un fin último que lacónicamente se agotaría en la temporalidad.

> La característica común del autoritarismo de todos los tiempos es la invocación de la necesidad en una emergencia: la herejía, el Maligno, el comunismo internacional, la droga, la sífilis, el alcoholismo, el terrorismo, etc. Se absolutiza un mal justificando una necesidad apremiante, inmediata e impostergable de neutralizarlo, pues se halla en curso o es inminente y se le presenta como amenaza para la subsistencia de la especie humana o, al menos, de una cultura o civilización. // Ante semejante amenaza, los especialistas (únicos conocedores de la forma y detalles en que operan estos males) capacitados para individualizar y neutralizar a sus agentes, reclaman que se les retire todo obstáculo a su misión salvadora de la humanidad.// Se trata de una guerra

[3] Salvamento de voto parcial de la magistrada Sandra Gamboa Rubiano a la SENIT 1, párr 57

[4] Salvamento de voto de la magistrada Sandra Gamboa Rubiano a los autos TP-SA 277 y 289 de 2019, párr 299 y ss.

> contra el mal de dimensión colosal y, por ende, los agentes de éste son enemigos de la sociedad. Asume esta lucha características bélicas y el discurso que le sirve de base legítimamente adopta la forma del llamado derecho penal de enemigos. No es posible ninguna conciliación con el agente consciente del mal; quizá sólo -y hasta cierto limitado punto- con los involuntarios favorecedores, pero siempre a condición de ritos de incorporación a las huestes del bien. // En estas condiciones, el discurso jurídico-penal parece transformarse en un discurso de derecho administrativo, de coerción directa, inmediata o diferida, de tiempo de guerra. Así como quien obstaculiza el ejército que en la guerra actúa en defensa de la Nación se convertiría en un traidor a la Nación, del mismo modo nadie puede dificultar o poner trabas a la acción salvadora de las huestes que defienden a la sociedad, sin convertirse en un traidor o directamente en un enemigo de ésta.[5]

10. La celeridad y economía procesal se alcanzan optimizando los procedimientos, a través de la actuación leal de los intervinientes, así como anteponiendo el deber de administrar justicia material restaurativa sobre cualquier otro compromiso social, periodístico o político. Si bien al desarrollar y aplicar instituciones como el rechazo de plano y la inadmisión por incompetencia se logran agilizar lo procedimientos en la jurisdicción imprimiendo celeridad a la labor, no puede convertirse la temporalidad en en un fin en sí mismo, pues por encima de ella se encuentran los derechos individuales y colectivos los cuales no deberían ceder frente a la urgencia que pueda tener el Estado por cumplir sus obligaciones.

Defensa Técnica y Defensa Material de solicitantes ante la JEP y alcance de su ejercicio en un alegato o recurso.

11. En el caso del que nos ocupa, la SA Mayoritaria reseñó en el párrafo 44 que:

> "en el recurso de apelación, CARDONA HERNÁNDEZ manifestó que el homicidio no fue consecuencia de una "*orden directa*" de la organización guerrillera, pues decidió "*accionar el arma de fuego*" cuando la víctima salió a correr, tras presuntamente haberse rehusado a someterse una requisa por parte de integrantes del Frente Urbano Manuel Cepeda Vargas. Esta Sección estima que dicha afirmación carece de respaldo probatorio y por lo tanto es insuficiente para verificar la conexidad material de las conductas con el accionar del grupo guerrillero**. Además, se advierte que la nueva explicación que ofrece el recurrente no guarda coherencia con la pretensión de su apoderado judicial en el trámite de apelación ante la JEP, pues este último reclama la necesidad de "*determinar con certeza si el interesado recibió órdenes directas de miembros de la organización armada FARC-EP*", hipótesis que su asistido desestimó**."

[5] Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2014). En torno de la cuestión penal. Buenos Aires: Editorial B de F, págs. 157 y 158.

12. Tanto el Derecho Internacional como la jurisprudencia constitucional y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia coinciden, sin excepción, en la primacía de la defensa técnica de presentarse discrepancia con lo determinado por la defensa material[6]. La postura de la sala de desestimar el dicho del defensor con los alegatos del solicitante resulta negar que en casos de contradicción entre la defensa material y la defensa técnica, aquella cede ante ésta, como mejor garantía para el derecho al debido proceso.

13. Comparto lo establecido por la SA al asumir la *Unidad de Defensa*, en tanto como lo ha sostenido la Corte Constitucional: "*el imputado y su defensor integran una parte única articulada que desarrolla una actividad que se encamina a estructurar una defensa conjunta, con el fin de contrarrestar la acción punitiva estatal, haciendo uso del derecho de solicitar la práctica de pruebas, de contradecir las que se le opongan, de presentar alegatos, proponer incidentes e impugnar las decisiones que juzgue contraria a sus intereses, con las excepciones que prevé la ley procesal*"[7]. Dicha inclusividad emerge de la comprensión de la defensa técnica como "*garantía del derecho al debido proceso (...) aplicable a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas*"[8]. En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia encuentra que la Defensa material y técnica, constituyen "*un todo que se retroalimenta de lo favorable que individualmente cada uno realiza, aunque, para favorecer la dinámica de la pretensión común, es factible que se desarrolle de manera separada,* (...)" [9]. En el caso que ocupó a la Sección de Apelación, sin duda, la pretensión común consistió en que se resolviera de fondo la solicitud de amnistía.

14. Sin embargo, debe hacerse claridad que dentro del derecho de Defensa también se ubica la **garantía de primacía de la defensa técnica sobre el material en caso de contradicción**. Dicha exigencia no sólo se ha incorporado en la normativa penal sustantiva y procedimental[10], sino que además emerge de la Constitución Política y se integra en el Derecho Internacional[11]. Así, ha señalado la Corte Constitucional en la

---

[6] Corte Constitucional. Sentencia C-152 de 2004, MP. Jaime Araujo Rentería.; Sentencia C-069 de 1996. MP. Antonio Barrera Carbonel.

[7] Corte Constitucional. Sentencia C-627 de 1996. MP. Antonio Barrera Carbonell y T-1137 de 2004. MP. Alvaro Tafur G.

[8] Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 2009, MP. Clara Inés Vargas Hernández, considerando cuarto. Ver en el mismo sentido las siguientes sentencias del tribunal constitucional: T-295 de 2018, MP. Gloria Stella Ortíz Delgado; T-286 de 2018, MP. Jorge Fernando Reyes Cuartas; SU-498 de 2016, MP. Gloria Stella Ortíz Delgado; C-328 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado; T-051 de 2016. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-612 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado; T-544 de 2015, MP. Mauricio González Cuervo; T-812 de 2012, MP. Nilson Pinilla Pinilla; T-1049 de 2012, MP. Luis Ernesto Vargas Silva; C-331 de 2012, MP. Luis Ernesto Vargas Silva; T-383 de 2011; MP. Nilson Pinilla Pinilla; C-764 de 2009, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-025 de 2009, MP. Rodrigo Escobar Gil; SU-159 de 2002, MP. Manuel José Cepeda Espinosa; T-391 de 1997, MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-639/96, MP. Vladimiro Naranjo Mesa;T-436 de 1992, MP. Ciro Angarita Barón.

[9] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 26 de octubre de 2011, Radicado 37659.

[10] Ver, por ejemplo, el artículo 137 del Código Penal y el artículo 130 de la Ley 906 de 2004.

[11] Además, dentro del Derecho Penal Internacional, con fundamento en la Reglas 97.3 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la Corte Penal Internacional ha reconocido la existencia del principio de los *derechos de la defensa*. ICC. Trial

Sentencia C-657 de 1996: "*ante las contradicciones que pudieren presentarse, el concepto de defensa técnica, tan caro a los postulados constitucionales, quedaría desvirtuado si la actuación del profesional del derecho quedara supeditada al criterio de cualquiera otra persona, incluido el sindicado que, por carecer de una adecuada versación en materias jurídicas no esté en condiciones de procurar el correcto ejercicio de las prerrogativas consagradas en el artículo 29 superior y en diversas normas del estatuto procesal penal. La defensa técnica adquiere toda su dimensión cuando en aras de la vigencia de esas prerrogativas y garantías* ***se le otorga el predominio a los criterios del abogado****, sustentados en el conocimiento de las reglas y labores anejas al ejercicio de su profesión*"[12]. (negrita fuera del texto original).

15. También ha sostenido la Corte Suprema en corroboración de lo anterior, que la articulación entre defensa técnica y material "*no obsta para que, en determinados eventos, deba preferirse, dada la naturaleza de la intervención o sus efectos, el criterio de uno u otro*"[13]. Sobre el asunto, en relación con procedimientos sancionatorios, en especial en aquellos que como los penales implican definiciones sobre la libertad personal, la Corte Constitucional ha sostenido que "*en relación con algunas actuaciones, como la indagatoria, la confesión o la terminación anticipada del proceso, sólo el procesado puede ejercer en forma directa su derecho, aunque asistido por su defensor; en otras oportunidades prevalecen los criterios del defensor sobre los del procesado, esto sucede cuando existen* ***peticiones contradictorias*** *entre ambos sujetos procesales (art. 137 C.P.); y en relación con la sustentación del recurso de casación, la facultad del defensor es exclusiva (ibidem)*" (negrilla fuera del texto)[14].

16. Por eso este argumento de la Sección mayoritaria no debió ser incluido en la providencia, pues supone un desconocimiento de la garantía de defensa técnica. Para tales efectos, la SA mayoritaria debiese tener en consideración que, si bien en términos prácticos los conflictos de criterios son escasos, se ha evidenciado que corresponden al "*modo en que se tramitan los procesos, los tecnicismos y los ritualismos, el mismo lenguaje utilizado, todo ello conspira para una cabal comprensión de la situación por parte del imputado promedio que, por razones de selectividad del sistema, suele ser una persona con niveles educativos bajos*"[15].

Chamber I. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo.* Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations. ICC-01/04-01/06, 7 August 2012.

[12] Ver, en el mismo sentido la siguiente decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: Providencia del 23 de febrero de 2011, MP. Alfredo Gómez Quintero.

[13] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 26 de octubre de 2011, Radicado 37659.

[14] Corte Constitucional. Sentencias C-488 de 1996. MP. Carlos Gaviria Díaz y, T-1137 de 2004, acápite 4. MP. Alvaro Tafur G.

[15] Binder, Alberto; Cape, Ed y Namoradze, Zaza. "Logros y debilidades en el cumplimiento de los estándares internacionales". En: Binder, Alberto; Cape, Ed y Namoradze, Zaza. (2015). *Defensa penal efectiva en América Latina*. Bogotá: ADC/ Cerjusc./Conectas / Dejusticia / IDDD / ICCPG / IJPP / INECIP. pág. 467.

17. A partir de las consideraciones anteriores, no se puede perder de vista que, tratándose del derecho de defensa, en asuntos relacionados con la libertad de las personas, la defensa técnica cobra especial relevancia. Y es así porque procura que los sujetos procesales actúen en el proceso contando con recursos para dotar al operador judicial de suficientes elementos en un adecuado proceso. Dado lo anterior, en un acto judicial en el que se resuelven asuntos de alto impacto social y la posibilidad de prolongar la privación de la libertad de un ciudadano, el derecho a la Defensa Técnica tiene una importancia especial y debe estar revestida de todas las garantías que aseguren su ejercicio.

18. Adicionalmente, este argumento adolece de otro vicio como es el de dar valor probatorio al relato presentado por el solicitante en su recurso de apelación, cuando esta no es la instancia para la práctica de un interrogatorio, que de considerarse relevante tendría que haber sido practicado con las garantías propias del debido proceso para gozar de validez conforme al inciso final del artículo 29 de la Constitución. Pareciese que se busca emular por la SA mayoritaria dicha situación con el desarrollo de actuaciones procesales completamente disímiles, como una suerte de contestación de la demanda. A propósito, la Corte Constitucional ha sostenido que:

> Sobre la base de las pruebas incorporadas al proceso, los alegatos de conclusión juegan un destacado papel en orden al mejor entendimiento de los hechos, de los intereses en conflicto, de la forma en que cada extremo asume los motivos de hecho y de derecho –a favor y en contra -y por tanto, en lo concerniente a la mejor **comprensión** del universo jurídico y probatorio que ampara los intereses en conflicto. Por consiguiente, de una parte, la dinámica de los alegatos de conclusión tiene la virtualidad de **facilitarle** a los interesados o contendientes la oportunidad para esgrimir sus argumentos culminantes en procura de sus propios derechos e intereses; y de otra, tal dinámica se ofrece a los ojos de la autoridad administrativa o del juez correspondiente como un conjunto de **razonamientos que a manera de referente interpretativo les permite examinar retrospectivamente todas y cada una de las actuaciones surtidas**. Lo cual, sin duda alguna, se constituye en hito procesal de significativa importancia para la salvaguarda de la postulación y la excepción, al propio tiempo que se atiende a la depuración de la certeza jurídica que requiere el fallador para decir el derecho.[16] (negrillas fuera del texto original).

19. Como se aprecia, la SA mayoritaria no debió darle ningún valor de convicción a lo sostenido por el señor CARDONA HERNANDEZ en su escrito de impugnación, como tampoco puede abrir una puerta a generar interpretaciones tendientes a valorar, a modo de una extraña "confesión" el dicho de los comparecientes, pues esto constituye una afrenta a su presunción de inocencia y garantía de no autoincriminación.

[16] Corte Constitucional. Sentencia C- 107 de 2004 MP Jaime Araujo Rentería, consideración 3.

Así, en los términos expuestos, de manera respetuosa, dejo consignados los motivos por los que salvo mi voto.

Con toda consideración,

[Documento suscrito con firma escaneada]

SANDRA GAMBOA RUBIANO
Magistrada

Anexo lo anunciado en 20 páginas.

DESCRIPTORES: *DERECHO AL DEBIDO PROCESO -defensa técnica en la JEP-. DEFENSA TÉCNICA EN LA JEP -es imperativa también en los procedimientos sobre beneficios de menor intensidad-. DEFENSA TÉCNICA EN LA JEP -en el marco de justicia transicional-. VERDAD RESTAURATIVA -consideración en la JEP de los procesos la Jurisdicción Penal Ordinaria donde tuvo lugar la aceptación de cargos-. VERDAD RESTAURATIVA -importancia de construcción de la justicia restaurativa frente al derecho penal premial- RÉGIMEN PROBATORIO -justicia premial y exigencia de justicia restaurativa- LIBERTAD CONDICIONADA -Acreditación del factor personal-. LIBERTAD CONDICIONADA. -Interpretación adecuada del numeral 4 de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016. ACREDITACIÓN FACTOR PERSONAL. -cumplimiento de lo establecido en la Ley 1820 de 2016. ACREDITACIÓN FACTOR PERSONAL. -Certificación del CODA no es aplicable en la JEP para la acreditación del ámbito personal para libertad condicionada. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA -aspecto estructural de los derechos a un debido proceso y a la defensa-. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA -competencia del ad quem limitada al objeto de la impugnación-.*

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA SANDRA GAMBOA RUBIANO AL AUTO DE LA SECCIÓN DE APELACIÓN TP-SA 302 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2019

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020)

Expediente: 2018120080101273E

Solicitante: José Nelson RAMÍREZ GUERRERO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sección de Apelación (SA), dejo consignados los argumentos por los cuales me aparto de la decisión adoptada mediante el Auto TP-SA 302 de 2019.

Planteamiento

1. En el auto respecto del cual salvo el voto, la Sección mayoritaria decidió confirmar la Resolución No. SAI-NLC-JCP-0151-2019 de 20 de marzo de 2019 proferida por la Sala de Amnistía e Indulto (SAI). En dicha resolución la Sala de Justicia negó la solicitud de libertad condicionada (LC) y no avocó conocimiento de lo correspondiente a la amnistía, beneficios pretendidos por el señor RAMÍREZ GUERRERO.

2. Las consideraciones de la mayoría de la Sección consisten en reiteraciones de posiciones adoptadas en anteriores oportunidades, y respecto de las cuales he disentido, como son que *(i)* para el trámite de beneficios provisionales la defensa técnica es optativa, atendiendo a la diferenciación entre el *solicitante* y el *compareciente; (ii)* que las Salas de Justicia puedan resolver y denegar la concesión de beneficios transitorios a partir de los elementos recaudados por la Jurisdicción Penal Ordinaria (JPO), derivado de una interpretación restrictiva de los artículos de la Ley 1820 de 2016 relacionados con la acreditación del factor personal de competencia para la concesión de los beneficios regulados en dicha norma, *(iii)* lo cual adquiere mayor gravedad en casos como el presente[1] en que la documentación obrante se muestra escasa producto de una condena proferida como resultado de preacuerdo; *(iv)* sumado a ello, la reiteración en la creación de otro requisito por vía jurisprudencial de la SA, adicional al establecido en la Ley 1820 de 2016, en sus artículos 17 y 18, numerales 2.

3. A las anteriores materias, considero que las afirmaciones vertidas sobre la procedibilidad del rechazo de solicitudes de quienes, en instancia de beneficios provisionales, no logran demostrar el cumplimiento del ámbito personal, se torna aún más gravosa, cuando se decide no asumir el conocimiento de la petición respecto de los beneficios definitivos.. Debido a ello, mi disenso se concreta en cinco puntos: *(i)* el carácter integral e irrenunciable de la defensa técnica en los procedimientos adelantados en la JEP, especialmente en casos surtidos bajo formas prototípicas de la justicia premial, *(ii)* la acreditación del factor personal conforme a la Ley 1820 de 2016, y *(iii)* el principio de congruencia en las decisiones que resuelven los recursos de alzada.

El carácter integral e irrenunciable de la defensa técnica en los procedimientos adelantados en la JEP

4. En decisión del 11 de julio de 2018, la SAI solicitó la designación de defensor en beneficio del solicitante, sin que dicha orden se haya materializado. Lo anterior motivó a la Sala a reiterar lo dispuesto, ahora en la providencia que negó la concesión de la LC. Sólo a partir de este requerimiento, el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa (SAAD) informó de la designación de un defensor quien, dada su vinculación tardía al trámite, sólo participó en él con la presentación del recurso de alzada. La Sección mayoritaria, en consonancia con la postura que ha construido respecto de la defensa técnica en los trámites de beneficios transitorios de la JEP, guardó silencio sobre la provisión tardía de la defensa al solicitante.

[1] Síntesis y párrafo 1 del Auto respecto del cual Salvo mi voto.

5. Como lo he sostenido en oportunidades anteriores[2], constituye una profunda afectación al derecho al debido proceso, afirmar que no es exigible la defensa técnica en todas las actuaciones ante la JEP[3]. Por la vía de la interpretación de la mayoría, se tiene que la persona que se acoge o es puesta a disposición de la JEP, antes de adquirir la calidad de compareciente, no tendría derecho la defensa técnica. Nada más extraño al marco transicional, basado en los principios definidos por el artículo 12 transitorio del Acto Legislativo 1 de 2017, entre ellos: el condicionamiento del tratamiento penal especial a la garantía de los derechos de las víctimas; la centralidad de las víctimas; su participación; el *debido proceso*; la contradicción; el *derecho a la defensa*; la favorabilidad, y la libertad de escoger abogado acreditado para ejercer en cualquier país[4].

6. El *debido proceso* es un derecho transversal en la JEP[5] como se establece, entre otros, en el literal e, del artículo 1, de la Ley 1922 de 2018, donde se señala que las actuaciones, procedimientos y decisiones se regirán por el **debido proceso**, en el procedimiento dialógico –*literal b-*, y que *"**en los procedimientos adelantados** ante la JEP, siempre se deberá garantizar el debido proceso entendido, como mínimo, la necesidad de participar en la actuación, de notificación oportuna y al ejercicio del derecho a la defensa y contradicción de la prueba"* (negrilla fuera del texto original).

---

[2] Salvamento de Voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto TP-SA 211 de 2019; Salvamento de Voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto TP-SA 164 de 2019, Aclaración de Voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto TP-SA 145 de 2019; Aclaración de Voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto TP-SA 128 de 2019; Salvamento de Voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto TP-SA 095 de 2018; Aclaración de Voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano a la Sentencia TP-SA 043 de 2019; entre otros.

[3] La línea argumentativa adoptada, deja de lado un aspecto central del derecho al debido proceso en escenarios en los cuales el objeto de la decisión es la libertad individual. Tal libertad constituye uno de los derechos fundamentales que expresa la dignidad humana en un Estado Social de Derecho. Así, los límites impuestos al Estado como titular de la acción punitiva se basan en reconocer la asimetría entre aquel como quien detenta el poder y el sujeto investigado, procesado o condenado.

[4] Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 12, inciso 1; asimismo, Ley 1922 de 2018, artículo 1, inciso 2.

[5] Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017. *"5.2.5.1.2. La centralidad del derecho al debido proceso dentro del Estado Constitucional de Derecho se explica por los estrechos vínculos que tiene con las libertades fundamentales y con el principio democrático. // En efecto, en su formulación más general, el derecho al debido proceso exige que todas las actuaciones de los órganos del Estado se encuentren reguladas y sometidas a la ley. En esta aproximación es aplicable a todas las autoridades públicas y a todas las esferas de la actividad estatal, incluyendo la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Este sometimiento a la ley tiene no solo una dimensión formal, referida a las competencias, las formas y los procedimientos a los que se debe sujetar la actividad estatal, sino también una sustantiva, en tanto que del mismo se derivan derechos sustanciales para las personas. Así, el deber del Estado de sujetar su actividad al ordenamiento jurídico es también un derecho de las personas a que las distintas instancias estatales actúen de conformidad con la ley, y por esta vía, el derecho al debido proceso constituye una garantía de libertad, pues ninguna autoridad puede intervenir en las distintas esferas de la libertad de las personas, si esta intervención no se origina en una competencia definida previamente por el ordenamiento jurídico, y si no se ejerce en los términos de la ley, que, en cualquier caso, están orientados por criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y subordinados a la Constitución. Así, las reglas procesales deben concebirse e interpretarse en función de unos principios sustantivos derivados de la Carta Política.* (…) *// De esta manera, el derecho al debido proceso es una garantía de primer orden de las libertades, y una forma de contención del poder. // 5.2.5.1.3. Lo anterior explica no solo que la Constitución Política y los instrumentos internacionales de derechos humanos reconozcan expresamente el derecho al debido proceso, especialmente en el contexto judicial, sino, también, que toda la organización política se estructure en función del citado principio. De hecho, buena parte de los contenidos de la Carta Política solo pueden ser garantizados mediante el establecimiento de reglas de orden formal y procedimental orientadas a materializar las exigencias sustantivas en ella plasmadas."*

7. El derecho a la defensa es uno de los aspectos básicos del debido proceso, como medio que posibilita la realización de otros derechos y garantías. La legislación penal nacional cuenta con contenidos sobre dicho derecho. Así, el artículo 8 de la Ley 600 de 2000, al cual me remito en atención a la expresa regulación del artículo 72 de la Ley 1922 de 2018, establece que, a través de todas las actuaciones se garantizará el derecho a la defensa, que deberá *"ser integral, ininterrumpida, técnica y material"*[6].

8. A propósito del análisis de las normas de la Ley de Procedimiento de la JEP, resulta ilustrativo mencionar que si bien el artículo 126 de la Ley 600 de 2000 establece que el sindicado adquiere la calidad de sujeto procesal desde su vinculación mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente, la Corte Constitucional declaró exequible de manera condicionada dicha norma, en el entendido de que, aún antes de la vinculación mediante indagatoria o como persona ausente, el imputado tendrá los mismos derechos del sujeto procesal, especialmente en lo que se refiere al ejercicio del derecho a la defensa y, por supuesto, a la protección de sus demás derechos[7]. Esto, en armonía con el análisis que, sobre el derecho a la defensa y la improcedencia de la limitación de su ejercicio a determinadas etapas procesales, ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)[8].

9. El derecho a la defensa como mecanismo efectivo para garantizar **condiciones genuinas de debido proceso**, no resulta ajeno a procedimientos que se sigan en el marco de un modelo de justicia transicional. El derecho de defensa técnica ha sido reconocido como garantía irrenunciable en los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (Art. 21, núm. 4, literal d) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Art. 20, núm. 4, literal d). Asimismo, la jurisprudencia de dichos tribunales de justicia transicional respalda el derecho de defensa, tanto como conjunto de derechos subjetivos individuales que benefician a la persona procesada,

---

[6] Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha sostenido: *"A partir de este principio, surge el derecho a la defensa técnica como garantía fundamental y presupuesto esencial de validez en la relación adversarial que a través del proceso penal se constituye, consistente en la prerrogativa que el imputado tiene de estar asistido permanentemente por un abogado que le asesore y represente, y que, en términos de equilibrio e idoneidad, pueda enfrentar el órgano represivo. // "Esta posibilidad de oposición y refutación de la pretensión punitiva del Estado debe ser real, continua y unitaria, características que se oponen a lo formal, lo temporal y lo soluble. No es, ni se trata, de llenar una exigencia de carácter normativo, sino de velar porque este derecho logre material y efectiva realización, obligación por cuyo cumplimiento debe propender el funcionario judicial encargado de la dirección del proceso".* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 22 de septiembre de 1998, Rad. 10771.

[7] Corte Constitucional. Sentencia C-033 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

[8] Vale referir que la Corte IDH ha sostenido que *"el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso. Sostener lo opuesto implica supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado se encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual evidentemente es contrario a la Convención. El derecho a la defensa obliga al estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo".* Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, Sentencia del 17 de noviembre de 2009. Párr. 29.

como en su dimensión de realización de justicia material en todas las etapas del proceso[9]. Así, asegurar que quienes se sometan o sean puestos a disposición de la JEP cuenten con la garantía de acceso a la defensa técnica, corresponde a la consideración del principio de seguridad jurídica y del objetivo de que el accionar de la Jurisdicción Especial aporte a una paz estable y duradera.

10. Para denotar el reconocimiento del carácter de mayor garantía de la defensa técnica, cabe referir que de acuerdo con el artículo 305 de la Ley 600 de 2000, las diligencias practicadas sin la asistencia del defensor del procesado son consideradas como inexistentes para todos los efectos procesales, por considerar esta circunstancia como una transgresión al derecho a la defensa. En efecto, la Corte Constitucional ha subrayado: "*5. El Constituyente dejó plasmada en la Carta la voluntad de asegurar el respeto pleno al derecho a la defensa técnica en el ámbito penal, mediante una '**regulación categórica y expresa de carácter normativo y de rango superior**', que 'compromete, con **carácter imperativo y general**, al legislador, a la ley y a los jueces'*"[10] (negrilla fuera del texto).

11. De esta forma, la regla general es asegurar la garantía del derecho de defensa técnica, en lugar de, como a mi juicio lo hace la Sección mayoritaria, considerar que la defensa técnica constituye una excepción. Se trata de una prerrogativa intangible, es decir, es irrenunciable: "*Si el procesado no quiere o no está en condiciones de designar un abogado que lo asista en el trámite procedimental, **el órgano judicial tiene la obligación de proveérselo**, **y de estar atento a su desempeño**, asegurándose que su gestión se cumpla dentro los marcos de diligencia debida y ética profesional, propósito que por igual debe buscar en tratándose de abogados de confianza, designados a instancia del propio implicado*" (negrilla fuera del texto original)[11]. La inderogabilidad de la obligación de la defensa técnica emerge de las exigencias de la Constitución Política de 1991[12] y es reiterada por el Artículo 8.2.e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en cuanto señala la irrenunciabilidad de dicho derecho.

12. En esa medida, no puedo compartir la interpretación mayoritaria relativa a la distinción entre *solicitante* y *compareciente* para efectos de crear un carácter optativo para la defensa técnica en los procedimientos adelantados en la JEP. En primer lugar, el tenor

---

[9] Ver, entre otras decisiones del TPIY: Case Kordic y Cerkez, Appeals Chamber, Judgement of 17 December 2004, IT-95-14/2-A, págs. 175-177; Case Blaskic, Appeals Chamber, Judgement of 29 July 2004, IT-95-14-A, par. 208; Case Tadic, Appeals Chamber, Judgement of 15 July 1999, IT-94-1-A, párr. 43 - 52.

[10] Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 1993. MP. Fabio Morón Díaz; Sentencia C-025 de 1998, MP. Fabio Morón Díaz; Sentencia C-152 de 2004, MP. Jaime Araujo Rentería.

[11] Corte Constitucional. Sentencia C-152 de 2004, MP. Jaime Araujo Rentería, que a su vez cita a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en decisión del 22 de septiembre de 1998. Radicación No. 10771. MP. Fernando Arboleda Ripoll.

[12] Corte Constitucional. Sentencia C-152 de 2004, MP. Jaime Araujo Rentería, que a su vez cita a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en decisión del 22 de octubre de 1998. Radicación No. 9906. MP. Fernando Arboleda Ripoll.

literal de los artículos 21[13] y 37[14] de la Ley 1957 de 2019 (LE-JEP) difícilmente puede ser interpretado, limitando una derecho el cual es inderogable e irrenunciable según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

13. En segundo lugar, es claro que el trámite que se le dé a la solicitud inicial va a tener consecuencias definitivas para la definición del carácter de *compareciente* del peticionario. Es decir, no es válido plantear una parcelación del estatus de la persona que se presenta ante la JEP para efectos de limitar un derecho humano. En efecto, en un acto judicial en el que se resuelven asuntos de alto impacto social y la posibilidad de prolongar la privación de la libertad de una persona, el derecho a la defensa técnica tiene una importancia especial. Así, ha sostenido reiteradamente la Corte Penal Internacional:

> La Sala acepta que el Secretario tiene el mandato de garantizar que los recursos limitados de la Corte, en la medida en que son su responsabilidad, sean administrados con cuidado. A este respecto, es importante que las secciones de la Secretaría que tienen autoridad en esta área, aseguren que los fondos de la Corte no se desperdicien. **Sin embargo, la consideración general en este contexto es el derecho del acusado a un juicio justo en virtud del artículo 67 del Estatuto**. Además, es necesario observar que la garantía de un juicio justo es, en esencia, un elemento indispensable de la justicia internacional. **Este derecho humano fundamental**, reconocido internacionalmente, como está consagrado en el Estatuto y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no puede ser violado y ciertamente no sobre la base de un Informe preparado para la Asamblea de los Estados Partes (los Ajustes). **Si se infringe el derecho del acusado a una defensa efectiva, ya no es posible un juicio justo para el acusado**[15]. (negrilla fuera del texto original, traducción propia).

---

[13] *"Todas las actuaciones en la JEP, de conformidad con las reglas aplicables a la Jurisdicción Especial para la Paz, respetarán los derechos, principios y garantías fundamentales del debido proceso, defens;a, asistencia de abogado, presunción de inocencia, a presentar pruebas, a controvertir ante el tribunal para la paz las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y a la independencia e imparcialidad de los magistrados de las Salas y Secciones, así como de los integrantes de la Unidad de Investigación y Acusación* (...)"

[14] "*Ante todos los órganos de la JEP las personas podrán ejercer su derecho de defensa, según lo escojan, de manera individual o de forma colectiva, por ejemplo, como antiguos integrantes de una organización o por medio de la organización a la cual hayan pertenecido. El Estado ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa -gratuita si el solicitante careciere de recursos-, que será integrado por abogados defensores colombianos debidamente cualificados. A decisión del interesado, se podrá acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia*."

[15] International Criminal Court, Situation in the Democratic Republic of the Congo. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Registrar's Submissions under Regulation 24bis of the Regulations of the Court In relation to Trial Chamber I's Decision ICC-01/04-01/06-2800, 5 October 2011, par. 53. Esta cuestión ha sido reiterada de manera reciente en la Sala de Juicio VII de la Corte Penal Internacional: International Criminal Court, Situation in the Central African Republic. *The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcise Arido.* Request to Review the Registry's Decision to Neither Apply or Comply With Legal Service Agreements with Defence Support Staff, 20 October 2018, ICC-01/05-01/13, pár. 8 (traducción propia). En esta última decisión, La Sala de Juicio señaló la existencia de una obligación de garantizar los derechos de la Defensa: "Esta Sala de Primera Instancia también ha reconocido que "*la Sala tiene obligaciones generales para garantizar que el juicio sea justo y que se respeten los derechos de los acusados". Esta obligación general ha llevado a las Salas anteriores a intervenir cuando las*

14. A partir de las consideraciones anteriores, no se puede perder de vista que, tratándose del derecho de defensa, en asuntos relacionados con la libertad de las personas, la defensa técnica cobra especial relevancia. Y es así porque procura que los sujetos procesales actúen contando con recursos para dotar al operador judicial de suficientes elementos en un adecuado proceso.

La construcción de la Verdad Restaurativa en la JEP y los procedimientos de terminación abreviada en la Jurisdicción penal ordinaria

15. En el caso sobre el que se adoptó la decisión, el despacho sustanciador de la SAI tomó la determinación de negar el beneficio de la LC y no avocar la solicitud de amnistía, lo cual habría tenido lugar sin un adecuado fundamento probatorio, pues solo tuvo en cuenta un proceso penal ordinario signado por una institución del *derecho penal premial*[16].

16. Mi observación en este sentido se deriva de considerar la diferencia sustancial entre la JEP como expresión de un modelo restaurativo y la JPO. En el caso de la JPO se revela importante considerar que las diferentes formas de terminación anticipada de los procesos en el marco del sistema penal de tendencia acusatoria, representan una abreviación de los procedimientos, entre otros de su fase probatoria, característica que no debería ser pasada por alto al analizar las piezas procesales provenientes de dicho tipo de procesos. De ahí que las sentencias condenatorias en la JPO, si bien, arrojan una verdad procesal, no necesariamente implican la verdad restaurativa sobre los hechos, y ello debería convocar un análisis diferenciado si además se trata de sentencias condenatorias derivadas de mecanismos de justicia premial, como pasa a explicarse.

17. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han subrayado que la aceptación de cargos y los allanamientos, constituyen algunas de las formas prototípicas del derecho o justicia premial[17]. Sin embargo, alcanzar la verdad, implica

---

decisiones de asistencia jurídica que normalmente no son de su competencia ***corren el riesgo de socavar la equidad del proceso****"*(traducción propia, negrilla fuera del texto).

[16] Síntesis y párrafo 1 del auto respeto del cual Salvo voto.

[17] La Corte Suprema de Justicia, ha señalado en relación con el derecho premial: "[L]*a sentencia anticipada, consecuencia del allanamiento a cargos, participa de la naturaleza de la justicia consensuada y a su vez forma parte del denominado derecho premial, pues el implicado manifiesta consciente, espontánea y libremente su voluntad de aceptar los cargos que el ente investigador le ha formulado; y a cambio de ello,* ***en compensación al ahorro de instancia generado por el sometimiento a la justicia****, recibe una rebaja sustancial de pena, conforme a la etapa procesal donde se produzca. En síntesis, el derecho premial es connatural a la estructura del proceso penal reglado en la Ley 906 de 2004*". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 11 de julio de 2011, Rad. 38285, MP Fernando Castro Caballero. Ver también, Sentencia del 15 de septiembre de 2011, Rad. 36502, MP Alfredo Gómez Quintero; Sentencia de 23 de agosto de 2005, Rad. 21954; MP José Luis Quintero Milanés. En relación con la Corte Constitucional, ver la Sentencia C- 645 de 2012, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

exigencias que emergen y redundan en hacer eficaz el principio de centralidad de las víctimas en tanto ellas tienen derecho a una verdad construida de forma restaurativa, así como en el debido proceso, especialmente aunque por supuesto no únicamente, en relación con el procesado. Es así como el marco normativo de la JEP señala que, aún en los escenarios adversariales que pueden llegar a tener lugar, debe darse un proscenio de Justicia Restaurativa, para lo cual es preciso dar lugar, también, a la verdad restaurativa.

18. La construcción de la verdad restaurativa debe seguir los requerimientos constitucionales y del DIDH, entre los cuales pueden aludirse los siguientes: *(a)* la necesidad de integrar la verdad histórica y la judicial[18] ; *(b)* dicha complementación requiere la garantía de derechos, entendiendo que la edificación de la verdad constituye un derecho de las víctimas[19] , de la sociedad[20] y de los comparecientes en la justicia restaurativa, bajo la égida de un debido proceso; y *(c)* el reconocimiento de un papel activo de las víctimas en las actuaciones ante la JEP, con lo que no sólo se estaría más cerca de la garantía de verdad con la participación de las víctimas, sino que además, se reflejaría que ella constituye una construcción de la dimensión social de la verdad a fin de lograr, a través de la memoria histórica[21], verdaderas garantías de no repetición[22].

---

[18] Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Corte IDH"), *Caso García y Familiares vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2012. Serie C No. 258, párr. 176; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 160.

[19] Corte IDH, *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C No. 341, párr. 220; *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 332, párr. 165. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, párs. 481 y 509. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 173; 2010, párr. 201; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 243; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú, Excepción Preliminar*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 118; *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196, párr. 117; *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 165; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. párr. 246; *Caso Baldeón García vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 197; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 219; *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 181.

[20] Corte IDH, *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232, párr. 170; *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 234; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 158; *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 195; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 117; *Caso Velásquez Rodríguez*, párr. 181.

[21] Corte IDH, *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012, Serie C No. 253, párr. 53; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 208; *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232. *Caso Goiburu*, párr. 81.

[22] Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 179; *Caso 19 comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de julio de 2004. Serie

19. Dentro de los procedimientos de terminación abreviada en la JPO, en muchas ocasiones se suprimen hipótesis delictivas imputadas, y tienen lugar rebajas de pena por aceptación de responsabilidad[23] , incluso sin suministrar verdad. Ahora bien, el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, rito adjetivo por el cual se adelantó este caso, establece la necesidad de un mínimo probatorio para la aprobación de los preacuerdos o del principio de oportunidad[24] .

20. Así, es evidente que los procedimientos de justicia premial pueden generar omisiones potencialmente estructurales en la justicia restaurativa al determinar, por ejemplo, la pertenencia o colaboración de una persona a una agrupación guerrillera o la relación del hecho punible por el que se procede, con el conflicto armado no internacional (CANI). A esa conclusión se arriba, si se tiene en cuenta que el mínimo probatorio se refiere únicamente a la autoría o a la participación, así como la tipicidad. Otros asuntos, relacionados con la comisión de la conducta delictiva, de relevancia en el contexto transicional, no lo son en el marco de procesos como los descritos; razón por la cual, la JEP no debería obviar tales circunstancias al momento de analizar piezas procesales, de dichas fuentes.

21. En virtud de lo anterior, en mi criterio, las diferentes instancias de la JEP deben ser particularmente juiciosas en el examen y confrontación de las sentencias fruto de la aplicación del derecho premial. Ello me lleva a reforzar mi llamado a que dichas providencias deben ser confrontadas con otra información producida por la misma SAI, con fundamento en las facultades e iniciativa probatoria que el Legislador le entregó a través del artículo 27 de la Ley 1820 de 2016 y los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 1922 de 2018.

C No. 109, párr. 259; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 77.

[23] Esta última cuestión tuvo un intenso debate en el proceso penal ordinario. En relación con las limitaciones propias de un procedimiento signado por el derecho premial, ver, entre otros: artículo 348 de la Ley 906 de 2004: "*Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado. (...) la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso*". Asimismo, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 12 de septiembre de 2017 (Rad. 17759), refirió: "*1.6.8. Al hilo de las posturas en esta materia [preacuerdo sobre los términos de la imputación] la Sala Penal de la Corte es del criterio de que el presupuesto del preacuerdo consiste en* ***no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica:*** *Imputación fáctica y jurídica circunstanciada. Sólo a partir de ese momento, tanto el fiscal como la defensa tienen perfecto conocimiento de* ***qué*** *es lo que se negocia (los términos de la imputación), y cuál es el precio de lo que se negocia (el decremento punitivo). Por ello, a partir de establecer correctamente lo que teóricamente es la imputación fáctica y jurídica precisa, resulta viable entrar a* ***negociar los términos de la imputación".*** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia septiembre 12 de 2017. Rad. 17759. (Negrillas dentro del texto).

[24] *"La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y* ***solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad"*** (Resaltado fuera del texto original)

22. Considero que la Sección mayoritaria debió tener en cuenta que, en los procedimientos de justicia premial, por ejemplo, los que son admisibles bajo la Ley 906 de 2004, los jueces penales ordinarios profieren decisiones condenatorias sin que se agoten todas las etapas procesales, y que como tendencia no suelen ser apeladas pues, parten del acuerdo de las dos partes, acusador y defensa y conllevan a la renuncia, entre otras cosas, de la posibilidad de contradicción.

23. Las importantes competencias constitucionales y la labor histórica que le corresponde a la JEP en la tarea de develar la verdad sobre los graves hechos cometidos en Colombia durante el CANI, obligan a los diversos órganos de la JEP a procurar el mayor de los cuidados. Sin importar el sentido de la decisión, debe contarse con pruebas que, mínimamente, sostengan las decisiones adoptadas. Así, incluso la aseveración de que una persona fue partícipe o no del conflicto armado en cualquiera de las modalidades previstas constitucional y legalmente como de competencia de esta Jurisdicción, requiere de evidencia que la respalde o descarte.

La acreditación de miembros de las FARC, el derecho a la prueba y la construcción de verdad restaurativa.

24. Como lo he manifestado en anteriores oportunidades[25], me encuentro en desacuerdo con la Sección mayoritaria en cuanto a la interpretación que ha dado a las vías mediante las cuales puede acreditarse el factor personal de competencia para el acceso a los beneficios derivados del Acuerdo Final para la Paz (AFP), particularmente aquellas que han sido consagradas en la ley a favor de las personas que integraron o colaboraron con las FARC EP.

25. En lo que se refiere a los supuestos 1°, 3° y 4° de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016, para acreditar el factor personal para acceder a la LC, la Sección mayoritaria ofrece un análisis que impondría una carga adicional al solicitante, en el entendido de que, en estos tres casos, exclusivamente de las piezas procesales debe derivarse que la persona ha sido investigada, procesada o condenada por su pertenencia o colaboración con las FARC-EP. Tal interpretación conduce, como lo he sostenido en salvamentos y aclaraciones de voto previos[26], a que se desdibuje el carácter de la LC, en tanto se están incluyendo vía interpretación, exigencias que no fueron contempladas en el marco normativo sobre la materia, pasando por encima de lo

[25] Aclaraciones de voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano a los Autos TP-SA 057 de 2018, 119 de 2019, 167 de 2019 y 229 de 2019; asimismo, Salvamento Parcial de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto TP SA 104 de 2019.

[26] Salvamentos de voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano a los Autos TP-SA 015, 016, 024, 083 y 088 de 2018, y Aclaraciones de voto de la misma Magistrada a los Autos TP-SA 057 de 2018 y TP-SA 229 de 2019, de la Sección de Apelación de Tribunal para la Paz.

pactado en esta materia en el AFP[27] y lo declarado exequible por la Corte Constitucional en su momento[28].

26. De manera expresa en el Auto respecto del cual Salvo mi voto se indica:

> (iv) *Que el solicitante haya sido investigado, procesado o condenado por delitos políticos o conexos y se pueda deducir* ***de las investigaciones judiciales, fiscales o disciplinarias, providencias judiciales o por otras evidencias que el solicitante fue procesado o investigado por su presunta pertenencia o colaboración con las FARC-EP:*** la SA no encuentra que ninguna otra actuación judicial ordinaria se haya investigado, procesado o condenado al solicitante por delitos políticos o conexos previstos en los artículos 15 y 16 de la Ley 1820 de 2016. Asimismo, de la investigación penal ni de los elementos materiales probatorios que fundamentaron la sentencia condenatoria promulgada contra RAMÍREZ GUERRERO, tampoco puede deducirse que este perteneciera a las FARC-EP, ni menos que las conductas que se le atribuyen se cometieran como consecuencia de su vinculación a dicha organización.
>
> Sobre esta hipótesis, que recoge lo reglado en el numeral 4 artículos 17 y 22 de la ley 1820 de 2016 y el numeral 4 del artículo 6 del decreto Ley 277 de 2017, con relación a la expresión "o por otras providencias", la SA ha señalado que el correcto entendimiento de este término no parte de una lectura aislada sino global de la norma. Así, al verificarse que la expresión completa en la regla señalada alude a "otras evidencias que fueron investigados o procesados", se hace referencia a elementos probatorios de actuaciones judiciales, fiscales o administrativas, falladas o en curso, de los

---

[27] Constituye "*parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y leyes de implementación del Acuerdo Final, con sujeción a las disposiciones constitucionales*", de acuerdo al Acto Legislativo 02 de 2017, en los términos precisados por la Corte Constitucional en la sentencia C-630 de 2017. De conformidad con el AL 02 de 2017: "*(..) Las instituciones del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. En consecuencia, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final*".

[28] Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2018. En el párrafo 827, al aludir a la LC la Corte refirió que "*la figura de la libertad condicional, en tanto beneficio de menor entidad, constituye una expresión del proceso de transición derivado de los Acuerdos de Paz y, por tanto, consolida una fórmula legítima que en términos generales no representa un quebrantamiento de la Carta Política. (…) la Ley 1820 de 2016 regula la libertad condicionada y tiene un amplio espectro personal de aplicación, en tanto cobija a las personas que se encuentren privadas de la libertad y puedan ser beneficiarias de: (…) (ii) amnistías o indultos otorgados por la Sala de Amnistías o Indultos de la JEP (Art. 22), es decir, a miembros o colaboradores de las Farc-EP, de conformidad con los listados entregados por dicha organización; (…). La libertad condicionada <u>también se extiende a</u> aquellos que, (v) estando en alguno de los supuestos anteriores, hubieren sido procesados o condenados por los delitos contemplados en los artículos 23 y 24 de la Ley*" (Subrayas fuera del esto). El artículo 23 refiere: "*En todo caso, se entienden conexos con el delito político los delitos que reúnan alguno de los siguientes criterios: a) Aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y la aprehensión e combatientes efectuada en operaciones militares, o b) Aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, o c) Aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión. (…) Lo establecido en este artículo no obsta para que se consideren delitos conexos con los delitos políticos aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hubieran cometido en función del delito político y de la rebelión*".

> que se pueda inferir la relación entre las investigaciones o condenas y la presunta pertenencia a las FARC-EP del solicitante [...][29].

27. De acuerdo con lo anterior, la SA ha afirmado la inconducencia de pruebas diferentes a las de investigaciones y sentencias preexistentes, relacionadas con la vinculación a las FARC-EP para acreditar el factor personal. En mi criterio, esta interpretación no se compagina con la literalidad del numeral 4° del artículo 22 de la ley 1820 de 2016, en donde se abre la posibilidad de acreditar esa calidad *"por otras evidencias"*, las cuales deben entenderse incluso como distintas a las que reposan en el expediente.

28. Sumado a lo anterior, la forma en que la mayoría de la SA ha interpretado la norma en cuestión, limita injustificadamente el derecho a la prueba previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, en donde se dispone que la persona que se enfrenta a un proceso tiene "*derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra*". Esta cláusula, como materialización de los derechos humanos[30], debe interpretarse de la forma más amplia posible, no siendo propio de un **tratamiento judicial democrático** que se limite su ejercicio a través de una interpretación restrictiva como la que a mi juicio realiza la SA de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016.

29. Al contrario, la Corte Constitucional ha reconocido que del texto constitucional se derivan ciertas consecuencias y principios entre los que se cuenta "*el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derecho*s [... y] *el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso*"[31], aspectos que obligan tanto al legislador a la hora de ejercer su potestad de configuración legislativa de regular los procesos, como al juez al momento de interpretar las normas adjetivas.

30. Por este motivo es que la interpretación que ha dado hasta hoy la Sección a la normatividad contemplada en la Ley 1820 de 2016 no se adecúa a los precedentes jurisprudenciales desarrollados respecto al derecho a la prueba, limitando la aplicación de una norma legal que tiene implicaciones directas en el goce del derecho fundamental a la libertad personal.

31. La interpretación que se adecúa al bloque de constitucionalidad es la de permitir a quien pretende acogerse a la Jurisdicción, aportar los elementos materiales

---

[29] Párrafo 20.4 del Auto respecto del cual Salvo mi voto.
[30] Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.
[31] Corte Constitucional, Sentencia T-1270 de 2000 MP. Antonio Barrera Carbonell, párr 3.2.

probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que estime pertinentes para efectos de acreditar su participación o colaboración con las FARC EP, sin perjuicio de que sobre esos medios se realice una valoración probatoria basada en las reglas de la experiencia y la sana crítica, criterios por medio de los cuales debe la JEP determinar si una persona efectivamente perteneció a ese grupo o no y derivar de ese ejercicio las consecuencias jurídicas a que haya lugar.

32. Visto de esta forma, limitar las condiciones para la acreditación de las calidades alegadas, es dar la espalda a medios probatorios ofrecidos en pro de la construcción de la verdad. Si lo que pretende alcanzar esta jurisdicción es alcanzar la verdad, como materialización del principio de centralidad de las víctimas, no solamente es necesario que permita allegar el material probatorio que sea ofrecido a esta jurisdicción, sino que los organismos que la componen tienen el deber legal y ético de ejercer las facultades e iniciativa probatoria que el Legislador le entregó a través del artículo 27 de la Ley 1820 de 2016 y los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 1922 de 2018.

El certificado del CODA no es equiparable a la acreditación realizada por la Oficina del Alto Comisionado para la Paz a efectos del cumplimiento del ámbito personal de aplicación de beneficios de competencia de la JEP

33. Guardando relación con el ámbito de aplicación personal para la concesión de beneficios transitorios conforme a la Ley 1820 de 2016, los artículos 17 y 22 establecieron que, las personas nacionales o extranjeras, que hayan sido autores o partícipes de los delitos en grado de tentativa o consumación deberán cumplir los siguientes requisitos, dentro de los cuales está el numeral *"2. Integrantes de las FARC-EP tras la entrada en vigencia del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno nacional, de conformidad con los listados entregados por representantes designados por dicha organización expresamente para ese fin, listados que serán verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz. Lo anterior aplica aunque la providencia judicial no condene, procese o investigue por pertenencia a las FARC-EP.*

34. Asimismo, en atención a los dispuesto en el AFP, las personas que hicieron parte de las filas de las FARC-EP, serían presentadas por los voceros autorizados de esta organización a el Gobierno Nacional para que por medio de la OACP se hiciera la respectiva verificación y posterior certificación mediante acto administrativo.

35. Sin embargo, la Sección mayoritaria, en contravía de lo establecido en la Constitución y la ley, da una equivalencia de la acreditación de la OACP a las personas que hicieron parte de las filas de las FARC-EP, para demostrar su pertenencia de acuerdo a lo dispuesto con el numeral 2 de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016,

con el documento que expide el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA) del Ministerio de Defensa, a las personas que se desmovilizaron individualmente de una organización armada al margen de la ley[32].

36. El CODA es el Certificado de Desvinculación de Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley, expedido por el Comité Operativo creado para la dejación de armas, conformado por varias instituciones estatales con el fin de verificar si una persona que se encuentra dentro de una organización guerrillera – no importa cuál sea- y desea desmovilizarse de esta agrupación. Las condiciones exigidas para preferirlo son, en particular: (i) haber pertenecido a un grupo guerrillero y (ii) aportar a las autoridades información para el desmantelamiento de la organización ilegal.

37. Cumplidas las condiciones exigidas para la desmovilización individual se les otorgaría beneficios jurídicos y socioeconómicos por parte del Estado. Es así como en el caso que nos ocupa, el peticionario, según su manifestación, fue postulado al procedimiento penal especial de la Ley 975 de 2005, proceso de Justicia y Paz.

38. El Decreto 1385 de 1994[33] y modificado por el Decreto 128 del 22 de enero de 2003[34], modificado parcialmente por el Decreto 1059 de 2008 de la Presidencia de la República, expedido en uso de las atribuciones que le confiere el numeral 11 del Artículo 189 de la Constitución Política[35], define los requisitos que debe cumplir el potencial reincorporado para obtener el certificado expedido por el CODA.

39. Lo anterior ya señala, la existencia de un trámite específico para la acreditación en el contexto del Acuerdo Final para la Paz, mientras que el CODA, se constituye en la lógica de un proceso de reincorporación que no precisa la existencia de un Acuerdo Final de Paz.

40. A su vez, el Decreto Ley 671 de 2017, modificó el artículo 190 de la Ley 1448 de 2011 en relación con la expedición del certificado de desvinculación de un Grupo Armado Organizado al margen de la ley. En virtud de dicha norma, la función de certificación de la desvinculación puede ser llevada a cabo por la OACP, respecto de los

[32] Párrafo 20 del Auto respecto del cual Salvo mi voto.
[33] Por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios a quienes abandonen voluntariamente las organizaciones subversivas. Artículo 1. Quienes por decisión individual abandonen voluntariamente sus actividades como miembros de organizaciones subversivas y se entreguen a las autoridades de la República, podrán tener derecho a los beneficios a que hacen referencia los artículos 9°, 48 y 56 de la ley 104 de 1993, en las condiciones y mediante los procedimientos allí señalados.
[34] "Por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil
[35] "por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil"

casos relativos a acuerdos de paz con esos mismos grupos. Sin embargo, esta norma no puede habilitar una certificación en vía contraria, pues el Certificado del CODA no pueda alimentar el contexto de aplicación, exigente y específico que se establece a partir del AFP suscrito con la extinta guerrilla de las FARC-EP y el Gobierno Nacional.

41. De lo manifestado en precedente sobre la naturaleza de la certificación emitida por el CODA, revelan que dotar de la misma entidad a las certificaciones expedidas por la OACP en función de los listados aportados por las otrora FARC-EP, conduciría a un trato desigual entre los solicitantes que pretendan comparecer ante la JEP. Esto es así por cuanto se está introduciendo un supuesto de cumplimiento del factor personal de competencia de esta Jurisdicción Especial, que no corresponde a las características del componente de justicia pactado en el AFP en los términos del Acto Legislativo 01 de 2017 y de lo establecido en la Ley 1820 de 2016.

42. Es la consideración de este despacho, que el carácter de pertenencia a las FARC-EP, es un elemento central en la definición de la competencia de esta Jurisdicción Especial, pues permite establecer que quienes integraban dicho grupo al momento de la suscripción del Acuerdo, son quienes dejaron las armas como pertenecientes a tal estructura guerrillera. Quienes previamente se hubiesen desmovilizado no pueden considerarse por ello pertenecientes a las FARC-EP, lo cual, como se explicará, no obsta para que puedan comparecer ante la JEP pues la normativa incluye las condiciones para que tal hipótesis se configure, así como los requisitos para su acreditación, sin embargo, no puede pretermitir el cumplimiento de los requisitos definidos por el legislador y derivados del AFP.

43. Es por ello por lo que la certificación del CODA carece de sentido como elemento probatorio de la pertenencia a las FARC-EP en el contexto del inciso 2 de los artículos 17 y 29 de la Ley 1820 de 2016. Considerarlo como tal, conduce a una afectación de los términos de igualdad en los que debería aplicarse el componente de justicia del SIVJRNR.

44. Dicha ley definió en su artículo 29 el criterio personal de competencia, estableciendo tres presupuestos claros y diferenciables en los que dicho criterio se cumpliría. Ninguno de ellos considera el contar con un certificado del CODA como un supuesto que permita a un solicitante, dar por cumplido tal requisito.

45. El primer supuesto definido por el legislador se refiere a los exintegrantes de las FARC-EP que estén incluidos en los listados aportados por el grupo guerrillero que suscribió el acuerdo de paz y que además hayan sido verificados y certificados por la OACP, el segundo se refiere a las personas que, por conductas desplegadas en contextos

relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos hayan sido perseguidas penalmente por los delitos definidos en la ley, y finalmente el tercero toma en consideración a quienes estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos políticos o conexos vinculados a la pertenencia o colaboración con las FARC-EP, *"sin que se reconozcan parte de la anterior organización"*, en cuyo caso el solicitante aportará las providencias judiciales u otros documentos que permitan inferir que el procesamiento o la condena obedeció a una presunta vinculación con dicho grupo.

46. De dársele la misma entidad a la certificación del CODA respecto a la certificación emitida por la OACP, los efectos implicarían incluso una trivialización del AFP en lo que se refiere a las serias exigencias para poder acceder al componente de justicia especial, que limita los derechos de las víctimas, en función de que un grupo armado desiste de continuar en un conflicto armado no internacional.

47. Un desistimiento que por su entidad implica la posibilidad de que en el marco de una negociación, se ofrezcan beneficios dentro de un componente especial de justicia, siempre y cuando se cumplan a cabalidad las exigencias que siendo pactadas fueron desarrolladas por el legislador y avaladas especialmente, respecto al tema del caso que convoca esta aclaración, en los términos establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias C-674 de 2017 y C-007 de 2018.

48. La flexibilización de requisitos de competencia y de supuestos para el acceder a beneficios de la Jurisdicción Especial, cuando el marco normativo ofrece posibilidades, que sin necesidad de tal flexibilización, brindan garantías para las partes firmantes del AFP, así como a las víctimas, debilita el principio de seguridad jurídica[36] que debe permear la interpretación normativa en esta JEP, en particular como un elemento para la construcción de confianza, base fundamental para la construcción de una paz estable y duradera.

Del principio de congruencia en relación con el proceso penal transicional en general y el trámite de las apelaciones en particular

49. Sobre los principios orientadores del procedimiento ante la JEP, el Acto Legislativo 1 de 2017 y la Ley 1922 de 2018, establecen que las normas procesales "*deberán garantizar los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad,* ***debido proceso***, ***contradicción***, ***derecho a la defensa***, *presunción de inocencia, favorabilidad, libertad de escoger abogado acreditado para ejercer en cualquier país,* ***participación de la víctimas como intervinientes según los estándares nacionales e internacionales*** *y los parámetros establecidos en el Acuerdo Final y* ***doble instancia en el***

[36] Artículo 5 transitorio del AL 01 de 2017 y artículos 6, 7 y 13 de la Ley 1820 de 2016.

marco de un modelo adversarial"[37] (negrita fuera del texto original). Asimismo, el parágrafo del artículo transitorio 12 del Acto Legislativo 01 de 2017, establece como principios que deben ser garantizados por las normas de la JEP: el condicionamiento del tratamiento penal especial a la garantía de los derechos de las víctimas; la centralidad de las víctimas; la integralidad; **el debido proceso; la no regresividad en el reconocimiento de derechos**, así como los enfoques diferenciales.

50. Las determinaciones en materia de procedimiento que ocupen a la SA, y en general a la JEP, deben contemplar adecuadamente tales principios, lo cual implica en especial que ninguno de ellos resulte vaciado. Particular atención merecen en función del asunto que ocupa a la Sección, los principios de congruencia y el debido proceso.

51. Tanto el DIDH como el Derecho nacional, recogen la trascendencia del principio de congruencia o de coherencia. La Corte IDH, se ha pronunciado sobre la relación del principio con el derecho de defensa y el debido proceso, a partir del artículo 8.2 de la CADH, determinando cómo su vulneración podría conllevar la invalidez de la decisión final del proceso en cuyo contexto fue adoptada la providencia en cuestión[38]. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia encuentra que el principio de congruencia o de coherencia, constituye una "*base esencial del debido proceso*"[39], y que es exigible a lo largo de toda la actuación[40]. La Corte Constitucional resalta que la congruencia constituye un principio estructural del procedimiento penal con independencia del esquema adjetivo en que este se inscriba[41].

52. En efecto, dicho principio guarda estrecha relación con los derechos fundamentales a la defensa[42], al debido proceso y la seguridad jurídica de quienes acceden a la administración de justicia, y procura la adopción de decisiones judiciales

---

[37] AL 01 de 2017, artículo transitorio 12, inciso 1 y Ley 1922 de 2018, artículo 1, inciso 2.

[38] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C Nº 206, párr. 28; *Caso García Prieto y otro vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2008. Serie C Nº 2008; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 65-68; *Caso Almonacid Arellano y otros.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C Nº 154, párr. 48.

[39] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 9 de junio de 2004, MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Radicado 20134.

[40] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Providencia SP14151-2016 de 5 de octubre de 2016, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa, Rad. 45647; Providencia de 8 de julio de 2009, MP. Julio Enrique Socha Salamanca, Rad. 31280. Lo antes dicho coincide con lo señalado por el legislador en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), que sobre el principio en comento, señala: "Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley"

[41] Corte Constitucional, Sentencia T-1067 de 2012, MP. Alexei Julio Estrada.

[42] En este sentido, el tribunal constitucional ha advertido que "*no se trata de una simple directriz, llamada a dotar de una mayor racionalidad y coherencia al trámite procesal en sus diversas etapas, sino de una garantía judicial esencial para el procesado*". Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2010, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

acordes a los hechos, pretensiones y pruebas practicadas en el proceso, de modo que al momento de fallar, quien administra justicia se abstenga de pronunciarse más allá de lo pedido, por fuera de lo acreditado o sobre aquello que nunca se solicitó[43].

53. Así las cosas, el principio de congruencia de las providencias judiciales debe atender a una estructura lógica de relación entre la parte motiva y la parte resolutiva, así como entre lo pedido, lo demostrado y lo decidido, cuidando en todo caso, quien administra justicia, que exista una coincidencia entre todos los aspectos antes enunciados. Quieren significar las anteriores consideraciones, que la estructura de las providencias debe guardar armonía entre la solicitud que ocupa a la judicatura -para esta SA, el recurso de apelación-, la parte motiva y la resolutiva, de modo que dicha correspondencia refleje los aspectos efectivamente debatidos, demostrados y resueltos en el proceso, y así, pueda producir la fuerza vinculante cuyos argumentos permiten orientar sucesivas decisiones semejantes y a la vez se respeten los derechos humanos.

54. Resulta entonces de importancia el principio de congruencia en relación con el recurso de apelación. Si se entiende el derecho a recurrir como un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso para que sean corregidos los errores de las y los administradores de justicia, sólo es predicable en tanto su impulso como en relación con las determinaciones que se adopten y sus efectos, respecto de los sujetos procesales[44].

55. En el presente asunto, la decisión recurrida por el solicitante resolvió negar la concesión de la LC y no avocar conocimiento respecto del trámite de amnistía, circunstancia que, según la providencia frente a la cual Salvo mi voto, *"debe ser interpretado como un pronunciamiento a través del cual la SAI rechaza la solicitud por falta de competencia. Este rechazo implica que el interesado no es aceptado por el mecanismo de justicia del SIVJRNR y que la competencia para conocer de los distintos procesos y para hacer seguimiento a la ejecución de la pena privativa de la libertad continúa en la jurisdicción ordinaria"*[45].

---

[43] Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: "*(…) El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso. Esto, además, garantiza el derecho a la defensa de las partes, puesto durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados. // (…) La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia 'como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, "en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó'. Además ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurara un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso*". Corte Constitucional, Sentencia T-455 de 2016, MP. Alejandro Linares Cantillo

[44] Devis Echandía, Hernando (1996) C*ompendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso.* Tomo I. Bogotá: Editorial ABC

[45] Párrafo 22 del Auto respecto del cual Salvo mi voto.

56. Al respecto, se insiste, en primer lugar, en que las providencias judiciales **deben guardar congruencia y coherencia entre lo pretendido, lo demostrado y lo resuelto**, siendo desconocido ello con la extralimitación en los pronunciamientos sobre una materia, extendiendo lo resuelto en la primera instancia y sin que sea pretendido por ninguna de las partes. A mi juicio, dicha decisión se configura en un perjuicio a la garantía de *no reformatio in pejus*[46], pues la situación del señor RAMÍREZ GUERRERO, como apelante único[47], se ve agravada toda vez que su interés con el recurso era ser beneficiado con la LC, y que de paso abriera la oportunidad para iniciar el trámite del beneficio definitivo, mientras que del procedimiento ante la segunda instancia no solamente se derivó la confirmación de la no concesión del beneficio provisional, sino además una advertencia contraria a sus intereses, no tomada en la primera instancia, lo cual estaba vedado a la SA[48].

---

[46] Corte Constitucional, Sentencia T-393 de 2017 MP. Cristina Pardo Schlesinger párr. 6.4 "[L]*a garantía constitucional de la* non reformatio in pejus*, la cual es aplicable no solo a procesos punibles sino a otras ramas del derecho incluyendo la contenciosa administrativa, es un derecho fundamental que consagra una de las reglas básicas de los recursos, y es la de establecer un límite a la competencia del fallador de segunda instancia consistente en que su providencia debe ceñirse únicamente a un pronunciamiento respecto de lo desfavorable a quien apeló, es decir, no puede hacer más perjudiciales las consecuencias de quien ejerció el recurso. Si el operador transgrede esta regla, su sentencia estará violando directamente la Constitución."*

[47] Al respecto, ver la Sentencia T-204 de 2015 de la Corte Constitucional (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado): "[...] *existe también una limitación legal que impide al juez de segunda instancia realizar un control de legalidad abstracto y exhaustivo sobre la sentencia de primera instancia, toda vez que la competencia del mismo se circunscribe, explícitamente, a aquello que fue alegado en el recurso de apelación. En similar sentido, al entenderse que la apelación fue interpuesta en lo desfavorable al apelante, él [sic] juez de segunda instancia no podrá desmejorar la situación jurídica del apelante único, pues ello quebrantaría, consecuentemente, el derecho fundamental a la* no reformatio in pejus*. // Así, en Sentencia T-255 de 1993, haciéndose alusión a lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-055 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández), la Corte Constitucional ratificó que la competencia del juez de segunda instancia para fallar sobre el recurso de apelación se circunscribe explícitamente a las alegaciones realizadas por el apelante único. En sentido contrario, si ambas partes apelan, la competencia del juez podrá extenderse al análisis de legalidad del fallo de primera instancia, sin la limitación impuesta por el principio de la no reformatio in pejus:// 'Así, pues, la garantía reconocida por el artículo 31 de la Carta al apelante único tiene el sentido de dar a la apelación el carácter de medio de defensa del condenado y no el de propiciar una revisión "per se" de lo ya resuelto. Así que,* ***mientras la otra parte no apele, el apelante tiene derecho a que tan solo se examine la sentencia en aquello que le es desfavorable. Es ésta, por tanto, una competencia definida de antemano en su alcance por el propio Constituyente [...]*** *Así, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha analizado extensivamente la garantía de la no reformatio in pejus, señalando que si bien en el artículo 31 de la Constitución Política se hace referencia a la prohibición de la agravación de la 'pena', la aplicación de la garantía de no desmejorar la situación jurídica del apelante único es obligatoria en todos los procesos, y recae sobre todas las sentencias y todas las jurisdicciones'"* (negrita propia del texto).

[48] Ibíd. *"42. Ahora bien, en tanto la garantía de la no reformatio in pejus es parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso y de obligatoria observancia por parte del juez, la misma no puede ser pretermitida,* ***ni siquiera bajo el argumento de preservar la legalidad de la sentencia de primera instancia y de corregir errores en los que haya incurrido el juez de primera instancia al momento de proferir su decisión****"* (negrita fuera del texto original).

Así, en los términos expuestos, de manera respetuosa, dejo consignados los motivos por los que salvo mi voto.

Con toda consideración,

[Firmado en el original]

SANDRA GAMBOA RUBIANO
Magistrada Sección de Apelación

DESCRIPTORES: *DERECHO AL DEBIDO PROCESO -defensa técnica en la JEP-. DEFENSA TÉCNICA EN LA JEP -es imperativa también en los procedimientos sobre beneficios de menor intensidad-. DEFENSA TÉCNICA EN LA JEP -en el marco de justicia transicional-. VERDAD RESTAURATIVA -consideración en la JEP de los procesos la Jurisdicción Penal Ordinaria donde tuvo lugar la aceptación de cargos-. VERDAD RESTAURATIVA -importancia de construcción de la justicia restaurativa frente al derecho penal premial- RÉGIMEN PROBATORIO -justicia premial y exigencia de justicia restaurativa- LIBERTAD CONDICIONADA -Acreditación del factor personal-. LIBERTAD CONDICIONADA. -Interpretación adecuada del numeral 4 de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016. ACREDITACIÓN FACTOR PERSONAL. -cumplimiento de lo establecido en la Ley 1820 de 2016. ACREDITACIÓN FACTOR PERSONAL. -Certificación del CODA no es aplicable en la JEP para la acreditación del ámbito personal para libertad condicionada. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA -aspecto estructural de los derechos a un debido proceso y a la defensa-. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA -competencia del ad quem limitada al objeto de la impugnación-.*

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA SANDRA GAMBOA RUBIANO AL AUTO DE LA SECCIÓN DE APELACIÓN TP-SA 302 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2019

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020)

Expediente: 2018120080101273E

Solicitante: José Nelson RAMÍREZ GUERRERO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sección de Apelación (SA), dejo consignados los argumentos por los cuales me aparto de la decisión adoptada mediante el Auto TP-SA 302 de 2019.

Planteamiento

1. En el auto respecto del cual salvo el voto, la Sección mayoritaria decidió confirmar la Resolución No. SAI-NLC-JCP-0151-2019 de 20 de marzo de 2019 proferida por la Sala de Amnistía e Indulto (SAI). En dicha resolución la Sala de Justicia negó la solicitud de libertad condicionada (LC) y no avocó conocimiento de lo correspondiente a la amnistía, beneficios pretendidos por el señor RAMÍREZ GUERRERO.

2. Las consideraciones de la mayoría de la Sección consisten en reiteraciones de posiciones adoptadas en anteriores oportunidades, y respecto de las cuales he disentido, como son que *(i)* para el trámite de beneficios provisionales la defensa técnica es optativa, atendiendo a la diferenciación entre el *solicitante* y el *compareciente; (ii)* que las Salas de Justicia puedan resolver y denegar la concesión de beneficios transitorios a partir de los elementos recaudados por la Jurisdicción Penal Ordinaria (JPO), derivado de una interpretación restrictiva de los artículos de la Ley 1820 de 2016 relacionados con la acreditación del factor personal de competencia para la concesión de los beneficios regulados en dicha norma, *(iii)* lo cual adquiere mayor gravedad en casos como el presente[1] en que la documentación obrante se muestra escasa producto de una condena proferida como resultado de preacuerdo; *(iv)* sumado a ello, la reiteración en la creación de otro requisito por vía jurisprudencial de la SA, adicional al establecido en la Ley 1820 de 2016, en sus artículos 17 y 18, numerales 2.

3. A las anteriores materias, considero que las afirmaciones vertidas sobre la procedibilidad del rechazo de solicitudes de quienes, en instancia de beneficios provisionales, no logran demostrar el cumplimiento del ámbito personal, se torna aún más gravosa, cuando se decide no asumir el conocimiento de la petición respecto de los beneficios definitivos.. Debido a ello, mi disenso se concreta en cinco puntos: *(i)* el carácter integral e irrenunciable de la defensa técnica en los procedimientos adelantados en la JEP, especialmente en casos surtidos bajo formas prototípicas de la justicia premial, *(ii)* la acreditación del factor personal conforme a la Ley 1820 de 2016, y *(iii)* el principio de congruencia en las decisiones que resuelven los recursos de alzada.

El carácter integral e irrenunciable de la defensa técnica en los procedimientos adelantados en la JEP

4. En decisión del 11 de julio de 2018, la SAI solicitó la designación de defensor en beneficio del solicitante, sin que dicha orden se haya materializado. Lo anterior motivó a la Sala a reiterar lo dispuesto, ahora en la providencia que negó la concesión de la LC. Sólo a partir de este requerimiento, el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa (SAAD) informó de la designación de un defensor quien, dada su vinculación tardía al trámite, sólo participó en él con la presentación del recurso de alzada. La Sección mayoritaria, en consonancia con la postura que ha construido respecto de la defensa técnica en los trámites de beneficios transitorios de la JEP, guardó silencio sobre la provisión tardía de la defensa al solicitante.

[1] Síntesis y párrafo 1 del Auto respecto del cual Salvo mi voto.

5. Como lo he sostenido en oportunidades anteriores[2], constituye una profunda afectación al derecho al debido proceso, afirmar que no es exigible la defensa técnica en todas las actuaciones ante la JEP[3]. Por la vía de la interpretación de la mayoría, se tiene que la persona que se acoge o es puesta a disposición de la JEP, antes de adquirir la calidad de compareciente, no tendría derecho la defensa técnica. Nada más extraño al marco transicional, basado en los principios definidos por el artículo 12 transitorio del Acto Legislativo 1 de 2017, entre ellos: el condicionamiento del tratamiento penal especial a la garantía de los derechos de las víctimas; la centralidad de las víctimas; su participación; el *debido proceso*; la contradicción; el *derecho a la defensa*; la favorabilidad, y la libertad de escoger abogado acreditado para ejercer en cualquier país[4].

6. El *debido proceso* es un derecho transversal en la JEP[5] como se establece, entre otros, en el literal e, del artículo 1, de la Ley 1922 de 2018, donde se señala que las actuaciones, procedimientos y decisiones se regirán por el **debido proceso**, en el procedimiento dialógico –*literal b-*, y que *"**en los procedimientos adelantados** ante la JEP, siempre se deberá garantizar el debido proceso entendido, como mínimo, la necesidad de participar en la actuación, de notificación oportuna y al ejercicio del derecho a la defensa y contradicción de la prueba"* (negrilla fuera del texto original).

---

[2] Salvamento de Voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto TP-SA 211 de 2019; Salvamento de Voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto TP-SA 164 de 2019, Aclaración de Voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto TP-SA 145 de 2019; Aclaración de Voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto TP-SA 128 de 2019; Salvamento de Voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto TP-SA 095 de 2018; Aclaración de Voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano a la Sentencia TP-SA 043 de 2019; entre otros.

[3] La línea argumentativa adoptada, deja de lado un aspecto central del derecho al debido proceso en escenarios en los cuales el objeto de la decisión es la libertad individual. Tal libertad constituye uno de los derechos fundamentales que expresa la dignidad humana en un Estado Social de Derecho. Así, los límites impuestos al Estado como titular de la acción punitiva se basan en reconocer la asimetría entre aquel como quien detenta el poder y el sujeto investigado, procesado o condenado.

[4] Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 12, inciso 1; asimismo, Ley 1922 de 2018, artículo 1, inciso 2.

[5] Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017. *"5.2.5.1.2. La centralidad del derecho al debido proceso dentro del Estado Constitucional de Derecho se explica por los estrechos vínculos que tiene con las libertades fundamentales y con el principio democrático. // En efecto, en su formulación más general, el derecho al debido proceso exige que todas las actuaciones de los órganos del Estado se encuentren reguladas y sometidas a la ley. En esta aproximación es aplicable a todas las autoridades públicas y a todas las esferas de la actividad estatal, incluyendo la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Este sometimiento a la ley tiene no solo una dimensión formal, referida a las competencias, las formas y los procedimientos a los que se debe sujetar la actividad estatal, sino también una sustantiva, en tanto que del mismo se derivan derechos sustanciales para las personas. Así, el deber del Estado de sujetar su actividad al ordenamiento jurídico es también un derecho de las personas a que las distintas instancias estatales actúen de conformidad con la ley, y por esta vía, el derecho al debido proceso constituye una garantía de libertad, pues ninguna autoridad puede intervenir en las distintas esferas de la libertad de las personas, si esta intervención no se origina en una competencia definida previamente por el ordenamiento jurídico, y si no se ejerce en los términos de la ley, que, en cualquier caso, están orientados por criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y subordinados a la Constitución. Así, las reglas procesales deben concebirse e interpretarse en función de unos principios sustantivos derivados de la Carta Política.* (…) *// De esta manera, el derecho al debido proceso es una garantía de primer orden de las libertades, y una forma de contención del poder. // 5.2.5.1.3. Lo anterior explica no solo que la Constitución Política y los instrumentos internacionales de derechos humanos reconozcan expresamente el derecho al debido proceso, especialmente en el contexto judicial, sino, también, que toda la organización política se estructure en función del citado principio. De hecho, buena parte de los contenidos de la Carta Política solo pueden ser garantizados mediante el establecimiento de reglas de orden formal y procedimental orientadas a materializar las exigencias sustantivas en ella plasmadas."*

7. El derecho a la defensa es uno de los aspectos básicos del debido proceso, como medio que posibilita la realización de otros derechos y garantías. La legislación penal nacional cuenta con contenidos sobre dicho derecho. Así, el artículo 8 de la Ley 600 de 2000, al cual me remito en atención a la expresa regulación del artículo 72 de la Ley 1922 de 2018, establece que, a través de todas las actuaciones se garantizará el derecho a la defensa, que deberá *"ser integral, ininterrumpida, técnica y material"*[6].

8. A propósito del análisis de las normas de la Ley de Procedimiento de la JEP, resulta ilustrativo mencionar que si bien el artículo 126 de la Ley 600 de 2000 establece que el sindicado adquiere la calidad de sujeto procesal desde su vinculación mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente, la Corte Constitucional declaró exequible de manera condicionada dicha norma, en el entendido de que, aún antes de la vinculación mediante indagatoria o como persona ausente, el imputado tendrá los mismos derechos del sujeto procesal, especialmente en lo que se refiere al ejercicio del derecho a la defensa y, por supuesto, a la protección de sus demás derechos[7]. Esto, en armonía con el análisis que, sobre el derecho a la defensa y la improcedencia de la limitación de su ejercicio a determinadas etapas procesales, ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)[8].

9. El derecho a la defensa como mecanismo efectivo para garantizar **condiciones genuinas de debido proceso**, no resulta ajeno a procedimientos que se sigan en el marco de un modelo de justicia transicional. El derecho de defensa técnica ha sido reconocido como garantía irrenunciable en los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (Art. 21, núm. 4, literal d) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Art. 20, núm. 4, literal d). Asimismo, la jurisprudencia de dichos tribunales de justicia transicional respalda el derecho de defensa, tanto como conjunto de derechos subjetivos individuales que benefician a la persona procesada,

---

[6] Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha sostenido: *"A partir de este principio, surge el derecho a la defensa técnica como garantía fundamental y presupuesto esencial de validez en la relación adversarial que a través del proceso penal se constituye, consistente en la prerrogativa que el imputado tiene de estar asistido permanentemente por un abogado que le asesore y represente, y que, en términos de equilibrio e idoneidad, pueda enfrentar el órgano represivo. // "Esta posibilidad de oposición y refutación de la pretensión punitiva del Estado debe ser real, continua y unitaria, características que se oponen a lo formal, lo temporal y lo soluble. No es, ni se trata, de llenar una exigencia de carácter normativo, sino de velar porque este derecho logre material y efectiva realización, obligación por cuyo cumplimiento debe propender el funcionario judicial encargado de la dirección del proceso".* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 22 de septiembre de 1998, Rad. 10771.

[7] Corte Constitucional. Sentencia C-033 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

[8] Vale referir que la Corte IDH ha sostenido que *"el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso. Sostener lo opuesto implica supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado se encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual evidentemente es contrario a la Convención. El derecho a la defensa obliga al estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo".* Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, Sentencia del 17 de noviembre de 2009. Párr. 29.

como en su dimensión de realización de justicia material en todas las etapas del proceso[9]. Así, asegurar que quienes se sometan o sean puestos a disposición de la JEP cuenten con la garantía de acceso a la defensa técnica, corresponde a la consideración del principio de seguridad jurídica y del objetivo de que el accionar de la Jurisdicción Especial aporte a una paz estable y duradera.

10. Para denotar el reconocimiento del carácter de mayor garantía de la defensa técnica, cabe referir que de acuerdo con el artículo 305 de la Ley 600 de 2000, las diligencias practicadas sin la asistencia del defensor del procesado son consideradas como inexistentes para todos los efectos procesales, por considerar esta circunstancia como una transgresión al derecho a la defensa. En efecto, la Corte Constitucional ha subrayado: "*5. El Constituyente dejó plasmada en la Carta la voluntad de asegurar el respeto pleno al derecho a la defensa técnica en el ámbito penal, mediante una '**regulación categórica y expresa de carácter normativo y de rango superior**', que 'compromete, con **carácter imperativo y general**, al legislador, a la ley y a los jueces'*"[10] (negrilla fuera del texto).

11. De esta forma, la regla general es asegurar la garantía del derecho de defensa técnica, en lugar de, como a mi juicio lo hace la Sección mayoritaria, considerar que la defensa técnica constituye una excepción. Se trata de una prerrogativa intangible, es decir, es irrenunciable: "*Si el procesado no quiere o no está en condiciones de designar un abogado que lo asista en el trámite procedimental, **el órgano judicial tiene la obligación de proveérselo**, **y de estar atento a su desempeño**, asegurándose que su gestión se cumpla dentro los marcos de diligencia debida y ética profesional, propósito que por igual debe buscar en tratándose de abogados de confianza, designados a instancia del propio implicado*" (negrilla fuera del texto original)[11]. La inderogabilidad de la obligación de la defensa técnica emerge de las exigencias de la Constitución Política de 1991[12] y es reiterada por el Artículo 8.2.e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en cuanto señala la irrenunciabilidad de dicho derecho.

12. En esa medida, no puedo compartir la interpretación mayoritaria relativa a la distinción entre *solicitante* y *compareciente* para efectos de crear un carácter optativo para la defensa técnica en los procedimientos adelantados en la JEP. En primer lugar, el tenor

---

[9] Ver, entre otras decisiones del TPIY: Case Kordic y Cerkez, Appeals Chamber, Judgement of 17 December 2004, IT-95-14/2-A, págs. 175-177; Case Blaskic, Appeals Chamber, Judgement of 29 July 2004, IT-95-14-A, par. 208; Case Tadic, Appeals Chamber, Judgement of 15 July 1999, IT-94-1-A, párr. 43 - 52.

[10] Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 1993. MP. Fabio Morón Díaz; Sentencia C-025 de 1998, MP. Fabio Morón Díaz; Sentencia C-152 de 2004, MP. Jaime Araujo Rentería.

[11] Corte Constitucional. Sentencia C-152 de 2004, MP. Jaime Araujo Rentería, que a su vez cita a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en decisión del 22 de septiembre de 1998. Radicación No. 10771. MP. Fernando Arboleda Ripoll.

[12] Corte Constitucional. Sentencia C-152 de 2004, MP. Jaime Araujo Rentería, que a su vez cita a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en decisión del 22 de octubre de 1998. Radicación No. 9906. MP. Fernando Arboleda Ripoll.

literal de los artículos 21[13] y 37[14] de la Ley 1957 de 2019 (LE-JEP) difícilmente puede ser interpretado, limitando una derecho el cual es inderogable e irrenunciable según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

13. En segundo lugar, es claro que el trámite que se le dé a la solicitud inicial va a tener consecuencias definitivas para la definición del carácter de *compareciente* del peticionario. Es decir, no es válido plantear una parcelación del estatus de la persona que se presenta ante la JEP para efectos de limitar un derecho humano. En efecto, en un acto judicial en el que se resuelven asuntos de alto impacto social y la posibilidad de prolongar la privación de la libertad de una persona, el derecho a la defensa técnica tiene una importancia especial. Así, ha sostenido reiteradamente la Corte Penal Internacional:

> La Sala acepta que el Secretario tiene el mandato de garantizar que los recursos limitados de la Corte, en la medida en que son su responsabilidad, sean administrados con cuidado. A este respecto, es importante que las secciones de la Secretaría que tienen autoridad en esta área, aseguren que los fondos de la Corte no se desperdicien. **Sin embargo, la consideración general en este contexto es el derecho del acusado a un juicio justo en virtud del artículo 67 del Estatuto**. Además, es necesario observar que la garantía de un juicio justo es, en esencia, un elemento indispensable de la justicia internacional. **Este derecho humano fundamental**, reconocido internacionalmente, como está consagrado en el Estatuto y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no puede ser violado y ciertamente no sobre la base de un Informe preparado para la Asamblea de los Estados Partes (los Ajustes). **Si se infringe el derecho del acusado a una defensa efectiva, ya no es posible un juicio justo para el acusado**[15]. (negrilla fuera del texto original, traducción propia).

---

[13] *"Todas las actuaciones en la JEP, de conformidad con las reglas aplicables a la Jurisdicción Especial para la Paz, respetarán los derechos, principios y garantías fundamentales del debido proceso, defens;a, asistencia de abogado, presunción de inocencia, a presentar pruebas, a controvertir ante el tribunal para la paz las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y a la independencia e imparcialidad de los magistrados de las Salas y Secciones, así como de los integrantes de la Unidad de Investigación y Acusación* (...)"

[14] "*Ante todos los órganos de la JEP las personas podrán ejercer su derecho de defensa, según lo escojan, de manera individual o de forma colectiva, por ejemplo, como antiguos integrantes de una organización o por medio de la organización a la cual hayan pertenecido. El Estado ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa -gratuita si el solicitante careciere de recursos-, que será integrado por abogados defensores colombianos debidamente cualificados. A decisión del interesado, se podrá acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia*."

[15] International Criminal Court, Situation in the Democratic Republic of the Congo. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Registrar's Submissions under Regulation 24bis of the Regulations of the Court In relation to Trial Chamber I's Decision ICC-01/04-01/06-2800, 5 October 2011, par. 53. Esta cuestión ha sido reiterada de manera reciente en la Sala de Juicio VII de la Corte Penal Internacional: International Criminal Court, Situation in the Central African Republic. *The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcise Arido.* Request to Review the Registry's Decision to Neither Apply or Comply With Legal Service Agreements with Defence Support Staff, 20 October 2018, ICC-01/05-01/13, pár. 8 (traducción propia). En esta última decisión, La Sala de Juicio señaló la existencia de una obligación de garantizar los derechos de la Defensa: "Esta Sala de Primera Instancia también ha reconocido que "*la Sala tiene obligaciones generales para garantizar que el juicio sea justo y que se respeten los derechos de los acusados". Esta obligación general ha llevado a las Salas anteriores a intervenir cuando las*

14. A partir de las consideraciones anteriores, no se puede perder de vista que, tratándose del derecho de defensa, en asuntos relacionados con la libertad de las personas, la defensa técnica cobra especial relevancia. Y es así porque procura que los sujetos procesales actúen contando con recursos para dotar al operador judicial de suficientes elementos en un adecuado proceso.

La construcción de la Verdad Restaurativa en la JEP y los procedimientos de terminación abreviada en la Jurisdicción penal ordinaria

15. En el caso sobre el que se adoptó la decisión, el despacho sustanciador de la SAI tomó la determinación de negar el beneficio de la LC y no avocar la solicitud de amnistía, lo cual habría tenido lugar sin un adecuado fundamento probatorio, pues solo tuvo en cuenta un proceso penal ordinario signado por una institución del *derecho penal premial*[16].

16. Mi observación en este sentido se deriva de considerar la diferencia sustancial entre la JEP como expresión de un modelo restaurativo y la JPO. En el caso de la JPO se revela importante considerar que las diferentes formas de terminación anticipada de los procesos en el marco del sistema penal de tendencia acusatoria, representan una abreviación de los procedimientos, entre otros de su fase probatoria, característica que no debería ser pasada por alto al analizar las piezas procesales provenientes de dicho tipo de procesos. De ahí que las sentencias condenatorias en la JPO, si bien, arrojan una verdad procesal, no necesariamente implican la verdad restaurativa sobre los hechos, y ello debería convocar un análisis diferenciado si además se trata de sentencias condenatorias derivadas de mecanismos de justicia premial, como pasa a explicarse.

17. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han subrayado que la aceptación de cargos y los allanamientos, constituyen algunas de las formas prototípicas del derecho o justicia premial[17]. Sin embargo, alcanzar la verdad, implica

---

decisiones de asistencia jurídica que normalmente no son de su competencia ***corren el riesgo de socavar la equidad del proceso****"*(traducción propia, negrilla fuera del texto).

[16] Síntesis y párrafo 1 del auto respeto del cual Salvo voto.

[17] La Corte Suprema de Justicia, ha señalado en relación con el derecho premial: "[L]*a sentencia anticipada, consecuencia del allanamiento a cargos, participa de la naturaleza de la justicia consensuada y a su vez forma parte del denominado derecho premial, pues el implicado manifiesta consciente, espontánea y libremente su voluntad de aceptar los cargos que el ente investigador le ha formulado; y a cambio de ello,* ***en compensación al ahorro de instancia generado por el sometimiento a la justicia****, recibe una rebaja sustancial de pena, conforme a la etapa procesal donde se produzca. En síntesis, el derecho premial es connatural a la estructura del proceso penal reglado en la Ley 906 de 2004*". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 11 de julio de 2011, Rad. 38285, MP Fernando Castro Caballero. Ver también, Sentencia del 15 de septiembre de 2011, Rad. 36502, MP Alfredo Gómez Quintero; Sentencia de 23 de agosto de 2005, Rad. 21954; MP José Luis Quintero Milanés. En relación con la Corte Constitucional, ver la Sentencia C- 645 de 2012, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

exigencias que emergen y redundan en hacer eficaz el principio de centralidad de las víctimas en tanto ellas tienen derecho a una verdad construida de forma restaurativa, así como en el debido proceso, especialmente aunque por supuesto no únicamente, en relación con el procesado. Es así como el marco normativo de la JEP señala que, aún en los escenarios adversariales que pueden llegar a tener lugar, debe darse un proscenio de Justicia Restaurativa, para lo cual es preciso dar lugar, también, a la verdad restaurativa.

18. La construcción de la verdad restaurativa debe seguir los requerimientos constitucionales y del DIDH, entre los cuales pueden aludirse los siguientes: *(a)* la necesidad de integrar la verdad histórica y la judicial[18] ; *(b)* dicha complementación requiere la garantía de derechos, entendiendo que la edificación de la verdad constituye un derecho de las víctimas[19] , de la sociedad[20] y de los comparecientes en la justicia restaurativa, bajo la égida de un debido proceso; y *(c)* el reconocimiento de un papel activo de las víctimas en las actuaciones ante la JEP, con lo que no sólo se estaría más cerca de la garantía de verdad con la participación de las víctimas, sino que además, se reflejaría que ella constituye una construcción de la dimensión social de la verdad a fin de lograr, a través de la memoria histórica[21], verdaderas garantías de no repetición[22].

---

[18] Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Corte IDH"), *Caso García y Familiares vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2012. Serie C No. 258, párr. 176; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 160.

[19] Corte IDH, *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C No. 341, párr. 220; *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 332, párr. 165. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, párs. 481 y 509. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 173; 2010, párr. 201; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 243; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú, Excepción Preliminar*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 118; *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196, párr. 117; *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 165; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. párr. 246; *Caso Baldeón García vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 197; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 219; *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 181.

[20] Corte IDH, *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232, párr. 170; *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 234; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 158; *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 195; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 117; *Caso Velásquez Rodríguez*, párr. 181.

[21] Corte IDH, *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012, Serie C No. 253, párr. 53; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 208; *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232. *Caso Goiburu*, párr. 81.

[22] Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 179; *Caso 19 comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de julio de 2004. Serie

19. Dentro de los procedimientos de terminación abreviada en la JPO, en muchas ocasiones se suprimen hipótesis delictivas imputadas, y tienen lugar rebajas de pena por aceptación de responsabilidad[23] , incluso sin suministrar verdad. Ahora bien, el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, rito adjetivo por el cual se adelantó este caso, establece la necesidad de un mínimo probatorio para la aprobación de los preacuerdos o del principio de oportunidad[24] .

20. Así, es evidente que los procedimientos de justicia premial pueden generar omisiones potencialmente estructurales en la justicia restaurativa al determinar, por ejemplo, la pertenencia o colaboración de una persona a una agrupación guerrillera o la relación del hecho punible por el que se procede, con el conflicto armado no internacional (CANI). A esa conclusión se arriba, si se tiene en cuenta que el mínimo probatorio se refiere únicamente a la autoría o a la participación, así como la tipicidad. Otros asuntos, relacionados con la comisión de la conducta delictiva, de relevancia en el contexto transicional, no lo son en el marco de procesos como los descritos; razón por la cual, la JEP no debería obviar tales circunstancias al momento de analizar piezas procesales, de dichas fuentes.

21. En virtud de lo anterior, en mi criterio, las diferentes instancias de la JEP deben ser particularmente juiciosas en el examen y confrontación de las sentencias fruto de la aplicación del derecho premial. Ello me lleva a reforzar mi llamado a que dichas providencias deben ser confrontadas con otra información producida por la misma SAI, con fundamento en las facultades e iniciativa probatoria que el Legislador le entregó a través del artículo 27 de la Ley 1820 de 2016 y los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 1922 de 2018.

C No. 109, párr. 259; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 77.

[23] Esta última cuestión tuvo un intenso debate en el proceso penal ordinario. En relación con las limitaciones propias de un procedimiento signado por el derecho premial, ver, entre otros: artículo 348 de la Ley 906 de 2004: "*Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado. (...) la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso*". Asimismo, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 12 de septiembre de 2017 (Rad. 17759), refirió: "*1.6.8. Al hilo de las posturas en esta materia [preacuerdo sobre los términos de la imputación] la Sala Penal de la Corte es del criterio de que el presupuesto del preacuerdo consiste en* ***no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica:*** *Imputación fáctica y jurídica circunstanciada. Sólo a partir de ese momento, tanto el fiscal como la defensa tienen perfecto conocimiento de* ***qué*** *es lo que se negocia (los términos de la imputación), y cuál es el precio de lo que se negocia (el decremento punitivo). Por ello, a partir de establecer correctamente lo que teóricamente es la imputación fáctica y jurídica precisa, resulta viable entrar a* ***negociar los términos de la imputación".*** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia septiembre 12 de 2017. Rad. 17759. (Negrillas dentro del texto).

[24] *"La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y* ***solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad"*** (Resaltado fuera del texto original)

22. Considero que la Sección mayoritaria debió tener en cuenta que, en los procedimientos de justicia premial, por ejemplo, los que son admisibles bajo la Ley 906 de 2004, los jueces penales ordinarios profieren decisiones condenatorias sin que se agoten todas las etapas procesales, y que como tendencia no suelen ser apeladas pues, parten del acuerdo de las dos partes, acusador y defensa y conllevan a la renuncia, entre otras cosas, de la posibilidad de contradicción.

23. Las importantes competencias constitucionales y la labor histórica que le corresponde a la JEP en la tarea de develar la verdad sobre los graves hechos cometidos en Colombia durante el CANI, obligan a los diversos órganos de la JEP a procurar el mayor de los cuidados. Sin importar el sentido de la decisión, debe contarse con pruebas que, mínimamente, sostengan las decisiones adoptadas. Así, incluso la aseveración de que una persona fue partícipe o no del conflicto armado en cualquiera de las modalidades previstas constitucional y legalmente como de competencia de esta Jurisdicción, requiere de evidencia que la respalde o descarte.

La acreditación de miembros de las FARC, el derecho a la prueba y la construcción de verdad restaurativa.

24. Como lo he manifestado en anteriores oportunidades[25], me encuentro en desacuerdo con la Sección mayoritaria en cuanto a la interpretación que ha dado a las vías mediante las cuales puede acreditarse el factor personal de competencia para el acceso a los beneficios derivados del Acuerdo Final para la Paz (AFP), particularmente aquellas que han sido consagradas en la ley a favor de las personas que integraron o colaboraron con las FARC EP.

25. En lo que se refiere a los supuestos 1°, 3° y 4° de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016, para acreditar el factor personal para acceder a la LC, la Sección mayoritaria ofrece un análisis que impondría una carga adicional al solicitante, en el entendido de que, en estos tres casos, exclusivamente de las piezas procesales debe derivarse que la persona ha sido investigada, procesada o condenada por su pertenencia o colaboración con las FARC-EP. Tal interpretación conduce, como lo he sostenido en salvamentos y aclaraciones de voto previos[26], a que se desdibuje el carácter de la LC, en tanto se están incluyendo vía interpretación, exigencias que no fueron contempladas en el marco normativo sobre la materia, pasando por encima de lo

[25] Aclaraciones de voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano a los Autos TP-SA 057 de 2018, 119 de 2019, 167 de 2019 y 229 de 2019; asimismo, Salvamento Parcial de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto TP SA 104 de 2019.

[26] Salvamentos de voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano a los Autos TP-SA 015, 016, 024, 083 y 088 de 2018, y Aclaraciones de voto de la misma Magistrada a los Autos TP-SA 057 de 2018 y TP-SA 229 de 2019, de la Sección de Apelación de Tribunal para la Paz.

pactado en esta materia en el AFP[27] y lo declarado exequible por la Corte Constitucional en su momento[28].

26. De manera expresa en el Auto respecto del cual Salvo mi voto se indica:

> (iv) *Que el solicitante haya sido investigado, procesado o condenado por delitos políticos o conexos y se pueda deducir* ***de las investigaciones judiciales, fiscales o disciplinarias, providencias judiciales o por otras evidencias que el solicitante fue procesado o investigado por su presunta pertenencia o colaboración con las FARC-EP:*** la SA no encuentra que ninguna otra actuación judicial ordinaria se haya investigado, procesado o condenado al solicitante por delitos políticos o conexos previstos en los artículos 15 y 16 de la Ley 1820 de 2016. Asimismo, de la investigación penal ni de los elementos materiales probatorios que fundamentaron la sentencia condenatoria promulgada contra RAMÍREZ GUERRERO, tampoco puede deducirse que este perteneciera a las FARC-EP, ni menos que las conductas que se le atribuyen se cometieran como consecuencia de su vinculación a dicha organización.
>
> Sobre esta hipótesis, que recoge lo reglado en el numeral 4 artículos 17 y 22 de la ley 1820 de 2016 y el numeral 4 del artículo 6 del decreto Ley 277 de 2017, con relación a la expresión "o por otras providencias", la SA ha señalado que el correcto entendimiento de este término no parte de una lectura aislada sino global de la norma. Así, al verificarse que la expresión completa en la regla señalada alude a "otras evidencias que fueron investigados o procesados", se hace referencia a elementos probatorios de actuaciones judiciales, fiscales o administrativas, falladas o en curso, de los

---

[27] Constituye "*parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y leyes de implementación del Acuerdo Final, con sujeción a las disposiciones constitucionales*", de acuerdo al Acto Legislativo 02 de 2017, en los términos precisados por la Corte Constitucional en la sentencia C-630 de 2017. De conformidad con el AL 02 de 2017: "*(..) Las instituciones del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. En consecuencia, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final*".

[28] Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2018. En el párrafo 827, al aludir a la LC la Corte refirió que "*la figura de la libertad condicional, en tanto beneficio de menor entidad, constituye una expresión del proceso de transición derivado de los Acuerdos de Paz y, por tanto, consolida una fórmula legítima que en términos generales no representa un quebrantamiento de la Carta Política. (…) la Ley 1820 de 2016 regula la libertad condicionada y tiene un amplio espectro personal de aplicación, en tanto cobija a las personas que se encuentren privadas de la libertad y puedan ser beneficiarias de: (…) (ii) amnistías o indultos otorgados por la Sala de Amnistías o Indultos de la JEP (Art. 22), es decir, a miembros o colaboradores de las Farc-EP, de conformidad con los listados entregados por dicha organización; (…). La libertad condicionada <u>también se extiende a</u> aquellos que, (v) estando en alguno de los supuestos anteriores, hubieren sido procesados o condenados por los delitos contemplados en los artículos 23 y 24 de la Ley*" (Subrayas fuera del esto). El artículo 23 refiere: "*En todo caso, se entienden conexos con el delito político los delitos que reúnan alguno de los siguientes criterios: a) Aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y la aprehensión e combatientes efectuada en operaciones militares, o b) Aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, o c) Aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión. (…) Lo establecido en este artículo no obsta para que se consideren delitos conexos con los delitos políticos aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hubieran cometido en función del delito político y de la rebelión*".

> que se pueda inferir la relación entre las investigaciones o condenas y la presunta pertenencia a las FARC-EP del solicitante [...][29].

27. De acuerdo con lo anterior, la SA ha afirmado la inconducencia de pruebas diferentes a las de investigaciones y sentencias preexistentes, relacionadas con la vinculación a las FARC-EP para acreditar el factor personal. En mi criterio, esta interpretación no se compagina con la literalidad del numeral 4° del artículo 22 de la ley 1820 de 2016, en donde se abre la posibilidad de acreditar esa calidad *"por otras evidencias"*, las cuales deben entenderse incluso como distintas a las que reposan en el expediente.

28. Sumado a lo anterior, la forma en que la mayoría de la SA ha interpretado la norma en cuestión, limita injustificadamente el derecho a la prueba previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, en donde se dispone que la persona que se enfrenta a un proceso tiene "*derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra*". Esta cláusula, como materialización de los derechos humanos[30], debe interpretarse de la forma más amplia posible, no siendo propio de un **tratamiento judicial democrático** que se limite su ejercicio a través de una interpretación restrictiva como la que a mi juicio realiza la SA de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016.

29. Al contrario, la Corte Constitucional ha reconocido que del texto constitucional se derivan ciertas consecuencias y principios entre los que se cuenta "*el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derecho*s [... y] *el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso*"[31], aspectos que obligan tanto al legislador a la hora de ejercer su potestad de configuración legislativa de regular los procesos, como al juez al momento de interpretar las normas adjetivas.

30. Por este motivo es que la interpretación que ha dado hasta hoy la Sección a la normatividad contemplada en la Ley 1820 de 2016 no se adecúa a los precedentes jurisprudenciales desarrollados respecto al derecho a la prueba, limitando la aplicación de una norma legal que tiene implicaciones directas en el goce del derecho fundamental a la libertad personal.

31. La interpretación que se adecúa al bloque de constitucionalidad es la de permitir a quien pretende acogerse a la Jurisdicción, aportar los elementos materiales

---

[29] Párrafo 20.4 del Auto respecto del cual Salvo mi voto.
[30] Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.
[31] Corte Constitucional, Sentencia T-1270 de 2000 MP. Antonio Barrera Carbonell, párr 3.2.

probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que estime pertinentes para efectos de acreditar su participación o colaboración con las FARC EP, sin perjuicio de que sobre esos medios se realice una valoración probatoria basada en las reglas de la experiencia y la sana crítica, criterios por medio de los cuales debe la JEP determinar si una persona efectivamente perteneció a ese grupo o no y derivar de ese ejercicio las consecuencias jurídicas a que haya lugar.

32. Visto de esta forma, limitar las condiciones para la acreditación de las calidades alegadas, es dar la espalda a medios probatorios ofrecidos en pro de la construcción de la verdad. Si lo que pretende alcanzar esta jurisdicción es alcanzar la verdad, como materialización del principio de centralidad de las víctimas, no solamente es necesario que permita allegar el material probatorio que sea ofrecido a esta jurisdicción, sino que los organismos que la componen tienen el deber legal y ético de ejercer las facultades e iniciativa probatoria que el Legislador le entregó a través del artículo 27 de la Ley 1820 de 2016 y los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 1922 de 2018.

El certificado del CODA no es equiparable a la acreditación realizada por la Oficina del Alto Comisionado para la Paz a efectos del cumplimiento del ámbito personal de aplicación de beneficios de competencia de la JEP

33. Guardando relación con el ámbito de aplicación personal para la concesión de beneficios transitorios conforme a la Ley 1820 de 2016, los artículos 17 y 22 establecieron que, las personas nacionales o extranjeras, que hayan sido autores o partícipes de los delitos en grado de tentativa o consumación deberán cumplir los siguientes requisitos, dentro de los cuales está el numeral *"2. Integrantes de las FARC-EP tras la entrada en vigencia del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno nacional, de conformidad con los listados entregados por representantes designados por dicha organización expresamente para ese fin, listados que serán verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz. Lo anterior aplica aunque la providencia judicial no condene, procese o investigue por pertenencia a las FARC-EP.*

34. Asimismo, en atención a los dispuesto en el AFP, las personas que hicieron parte de las filas de las FARC-EP, serían presentadas por los voceros autorizados de esta organización a el Gobierno Nacional para que por medio de la OACP se hiciera la respectiva verificación y posterior certificación mediante acto administrativo.

35. Sin embargo, la Sección mayoritaria, en contravía de lo establecido en la Constitución y la ley, da una equivalencia de la acreditación de la OACP a las personas que hicieron parte de las filas de las FARC-EP, para demostrar su pertenencia de acuerdo a lo dispuesto con el numeral 2 de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016,

con el documento que expide el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA) del Ministerio de Defensa, a las personas que se desmovilizaron individualmente de una organización armada al margen de la ley[32].

36. El CODA es el Certificado de Desvinculación de Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley, expedido por el Comité Operativo creado para la dejación de armas, conformado por varias instituciones estatales con el fin de verificar si una persona que se encuentra dentro de una organización guerrillera – no importa cuál sea- y desea desmovilizarse de esta agrupación. Las condiciones exigidas para preferirlo son, en particular: (i) haber pertenecido a un grupo guerrillero y (ii) aportar a las autoridades información para el desmantelamiento de la organización ilegal.

37. Cumplidas las condiciones exigidas para la desmovilización individual se les otorgaría beneficios jurídicos y socioeconómicos por parte del Estado. Es así como en el caso que nos ocupa, el peticionario, según su manifestación, fue postulado al procedimiento penal especial de la Ley 975 de 2005, proceso de Justicia y Paz.

38. El Decreto 1385 de 1994[33] y modificado por el Decreto 128 del 22 de enero de 2003[34], modificado parcialmente por el Decreto 1059 de 2008 de la Presidencia de la República, expedido en uso de las atribuciones que le confiere el numeral 11 del Artículo 189 de la Constitución Política[35], define los requisitos que debe cumplir el potencial reincorporado para obtener el certificado expedido por el CODA.

39. Lo anterior ya señala, la existencia de un trámite específico para la acreditación en el contexto del Acuerdo Final para la Paz, mientras que el CODA, se constituye en la lógica de un proceso de reincorporación que no precisa la existencia de un Acuerdo Final de Paz.

40. A su vez, el Decreto Ley 671 de 2017, modificó el artículo 190 de la Ley 1448 de 2011 en relación con la expedición del certificado de desvinculación de un Grupo Armado Organizado al margen de la ley. En virtud de dicha norma, la función de certificación de la desvinculación puede ser llevada a cabo por la OACP, respecto de los

[32] Párrafo 20 del Auto respecto del cual Salvo mi voto.
[33] Por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios a quienes abandonen voluntariamente las organizaciones subversivas. Artículo 1. Quienes por decisión individual abandonen voluntariamente sus actividades como miembros de organizaciones subversivas y se entreguen a las autoridades de la República, podrán tener derecho a los beneficios a que hacen referencia los artículos 9°, 48 y 56 de la ley 104 de 1993, en las condiciones y mediante los procedimientos allí señalados.
[34] "Por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil
[35] "por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil"

casos relativos a acuerdos de paz con esos mismos grupos. Sin embargo, esta norma no puede habilitar una certificación en vía contraria, pues el Certificado del CODA no pueda alimentar el contexto de aplicación, exigente y específico que se establece a partir del AFP suscrito con la extinta guerrilla de las FARC-EP y el Gobierno Nacional.

41. De lo manifestado en precedente sobre la naturaleza de la certificación emitida por el CODA, revelan que dotar de la misma entidad a las certificaciones expedidas por la OACP en función de los listados aportados por las otrora FARC-EP, conduciría a un trato desigual entre los solicitantes que pretendan comparecer ante la JEP. Esto es así por cuanto se está introduciendo un supuesto de cumplimiento del factor personal de competencia de esta Jurisdicción Especial, que no corresponde a las características del componente de justicia pactado en el AFP en los términos del Acto Legislativo 01 de 2017 y de lo establecido en la Ley 1820 de 2016.

42. Es la consideración de este despacho, que el carácter de pertenencia a las FARC-EP, es un elemento central en la definición de la competencia de esta Jurisdicción Especial, pues permite establecer que quienes integraban dicho grupo al momento de la suscripción del Acuerdo, son quienes dejaron las armas como pertenecientes a tal estructura guerrillera. Quienes previamente se hubiesen desmovilizado no pueden considerarse por ello pertenecientes a las FARC-EP, lo cual, como se explicará, no obsta para que puedan comparecer ante la JEP pues la normativa incluye las condiciones para que tal hipótesis se configure, así como los requisitos para su acreditación, sin embargo, no puede pretermitir el cumplimiento de los requisitos definidos por el legislador y derivados del AFP.

43. Es por ello por lo que la certificación del CODA carece de sentido como elemento probatorio de la pertenencia a las FARC-EP en el contexto del inciso 2 de los artículos 17 y 29 de la Ley 1820 de 2016. Considerarlo como tal, conduce a una afectación de los términos de igualdad en los que debería aplicarse el componente de justicia del SIVJRNR.

44. Dicha ley definió en su artículo 29 el criterio personal de competencia, estableciendo tres presupuestos claros y diferenciables en los que dicho criterio se cumpliría. Ninguno de ellos considera el contar con un certificado del CODA como un supuesto que permita a un solicitante, dar por cumplido tal requisito.

45. El primer supuesto definido por el legislador se refiere a los exintegrantes de las FARC-EP que estén incluidos en los listados aportados por el grupo guerrillero que suscribió el acuerdo de paz y que además hayan sido verificados y certificados por la OACP, el segundo se refiere a las personas que, por conductas desplegadas en contextos

relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos hayan sido perseguidas penalmente por los delitos definidos en la ley, y finalmente el tercero toma en consideración a quienes estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos políticos o conexos vinculados a la pertenencia o colaboración con las FARC-EP, *"sin que se reconozcan parte de la anterior organización"*, en cuyo caso el solicitante aportará las providencias judiciales u otros documentos que permitan inferir que el procesamiento o la condena obedeció a una presunta vinculación con dicho grupo.

46. De dársele la misma entidad a la certificación del CODA respecto a la certificación emitida por la OACP, los efectos implicarían incluso una trivialización del AFP en lo que se refiere a las serias exigencias para poder acceder al componente de justicia especial, que limita los derechos de las víctimas, en función de que un grupo armado desiste de continuar en un conflicto armado no internacional.

47. Un desistimiento que por su entidad implica la posibilidad de que en el marco de una negociación, se ofrezcan beneficios dentro de un componente especial de justicia, siempre y cuando se cumplan a cabalidad las exigencias que siendo pactadas fueron desarrolladas por el legislador y avaladas especialmente, respecto al tema del caso que convoca esta aclaración, en los términos establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias C-674 de 2017 y C-007 de 2018.

48. La flexibilización de requisitos de competencia y de supuestos para el acceder a beneficios de la Jurisdicción Especial, cuando el marco normativo ofrece posibilidades, que sin necesidad de tal flexibilización, brindan garantías para las partes firmantes del AFP, así como a las víctimas, debilita el principio de seguridad jurídica[36] que debe permear la interpretación normativa en esta JEP, en particular como un elemento para la construcción de confianza, base fundamental para la construcción de una paz estable y duradera.

Del principio de congruencia en relación con el proceso penal transicional en general y el trámite de las apelaciones en particular

49. Sobre los principios orientadores del procedimiento ante la JEP, el Acto Legislativo 1 de 2017 y la Ley 1922 de 2018, establecen que las normas procesales "*deberán garantizar los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad,* ***debido proceso***, ***contradicción***, ***derecho a la defensa***, *presunción de inocencia, favorabilidad, libertad de escoger abogado acreditado para ejercer en cualquier país,* ***participación de la víctimas como intervinientes según los estándares nacionales e internacionales*** *y los parámetros establecidos en el Acuerdo Final y* ***doble instancia en el***

[36] Artículo 5 transitorio del AL 01 de 2017 y artículos 6, 7 y 13 de la Ley 1820 de 2016.

marco de un modelo adversarial"[37] (negrita fuera del texto original). Asimismo, el parágrafo del artículo transitorio 12 del Acto Legislativo 01 de 2017, establece como principios que deben ser garantizados por las normas de la JEP: el condicionamiento del tratamiento penal especial a la garantía de los derechos de las víctimas; la centralidad de las víctimas; la integralidad; **el debido proceso; la no regresividad en el reconocimiento de derechos**, así como los enfoques diferenciales.

50. Las determinaciones en materia de procedimiento que ocupen a la SA, y en general a la JEP, deben contemplar adecuadamente tales principios, lo cual implica en especial que ninguno de ellos resulte vaciado. Particular atención merecen en función del asunto que ocupa a la Sección, los principios de congruencia y el debido proceso.

51. Tanto el DIDH como el Derecho nacional, recogen la trascendencia del principio de congruencia o de coherencia. La Corte IDH, se ha pronunciado sobre la relación del principio con el derecho de defensa y el debido proceso, a partir del artículo 8.2 de la CADH, determinando cómo su vulneración podría conllevar la invalidez de la decisión final del proceso en cuyo contexto fue adoptada la providencia en cuestión[38]. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia encuentra que el principio de congruencia o de coherencia, constituye una "*base esencial del debido proceso*"[39], y que es exigible a lo largo de toda la actuación[40]. La Corte Constitucional resalta que la congruencia constituye un principio estructural del procedimiento penal con independencia del esquema adjetivo en que este se inscriba[41].

52. En efecto, dicho principio guarda estrecha relación con los derechos fundamentales a la defensa[42], al debido proceso y la seguridad jurídica de quienes acceden a la administración de justicia, y procura la adopción de decisiones judiciales

---

[37] AL 01 de 2017, artículo transitorio 12, inciso 1 y Ley 1922 de 2018, artículo 1, inciso 2.

[38] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C Nº 206, párr. 28; *Caso García Prieto y otro vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2008. Serie C Nº 2008; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 65-68; *Caso Almonacid Arellano y otros.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C Nº 154, párr. 48.

[39] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 9 de junio de 2004, MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Radicado 20134.

[40] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Providencia SP14151-2016 de 5 de octubre de 2016, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa, Rad. 45647; Providencia de 8 de julio de 2009, MP. Julio Enrique Socha Salamanca, Rad. 31280. Lo antes dicho coincide con lo señalado por el legislador en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), que sobre el principio en comento, señala: "Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley"

[41] Corte Constitucional, Sentencia T-1067 de 2012, MP. Alexei Julio Estrada.

[42] En este sentido, el tribunal constitucional ha advertido que "*no se trata de una simple directriz, llamada a dotar de una mayor racionalidad y coherencia al trámite procesal en sus diversas etapas, sino de una garantía judicial esencial para el procesado*". Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2010, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

acordes a los hechos, pretensiones y pruebas practicadas en el proceso, de modo que al momento de fallar, quien administra justicia se abstenga de pronunciarse más allá de lo pedido, por fuera de lo acreditado o sobre aquello que nunca se solicitó[43].

53. Así las cosas, el principio de congruencia de las providencias judiciales debe atender a una estructura lógica de relación entre la parte motiva y la parte resolutiva, así como entre lo pedido, lo demostrado y lo decidido, cuidando en todo caso, quien administra justicia, que exista una coincidencia entre todos los aspectos antes enunciados. Quieren significar las anteriores consideraciones, que la estructura de las providencias debe guardar armonía entre la solicitud que ocupa a la judicatura -para esta SA, el recurso de apelación-, la parte motiva y la resolutiva, de modo que dicha correspondencia refleje los aspectos efectivamente debatidos, demostrados y resueltos en el proceso, y así, pueda producir la fuerza vinculante cuyos argumentos permiten orientar sucesivas decisiones semejantes y a la vez se respeten los derechos humanos.

54. Resulta entonces de importancia el principio de congruencia en relación con el recurso de apelación. Si se entiende el derecho a recurrir como un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso para que sean corregidos los errores de las y los administradores de justicia, sólo es predicable en tanto su impulso como en relación con las determinaciones que se adopten y sus efectos, respecto de los sujetos procesales[44].

55. En el presente asunto, la decisión recurrida por el solicitante resolvió negar la concesión de la LC y no avocar conocimiento respecto del trámite de amnistía, circunstancia que, según la providencia frente a la cual Salvo mi voto, *"debe ser interpretado como un pronunciamiento a través del cual la SAI rechaza la solicitud por falta de competencia. Este rechazo implica que el interesado no es aceptado por el mecanismo de justicia del SIVJRNR y que la competencia para conocer de los distintos procesos y para hacer seguimiento a la ejecución de la pena privativa de la libertad continúa en la jurisdicción ordinaria"*[45].

---

[43] Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: "*(…) El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso. Esto, además, garantiza el derecho a la defensa de las partes, puesto durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados. // (…) La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia 'como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, "en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó'. Además ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurara un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso*". Corte Constitucional, Sentencia T-455 de 2016, MP. Alejandro Linares Cantillo

[44] Devis Echandía, Hernando (1996) C*ompendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso.* Tomo I. Bogotá: Editorial ABC

[45] Párrafo 22 del Auto respecto del cual Salvo mi voto.

56. Al respecto, se insiste, en primer lugar, en que las providencias judiciales **deben guardar congruencia y coherencia entre lo pretendido, lo demostrado y lo resuelto**, siendo desconocido ello con la extralimitación en los pronunciamientos sobre una materia, extendiendo lo resuelto en la primera instancia y sin que sea pretendido por ninguna de las partes. A mi juicio, dicha decisión se configura en un perjuicio a la garantía de *no reformatio in pejus*[46], pues la situación del señor RAMÍREZ GUERRERO, como apelante único[47], se ve agravada toda vez que su interés con el recurso era ser beneficiado con la LC, y que de paso abriera la oportunidad para iniciar el trámite del beneficio definitivo, mientras que del procedimiento ante la segunda instancia no solamente se derivó la confirmación de la no concesión del beneficio provisional, sino además una advertencia contraria a sus intereses, no tomada en la primera instancia, lo cual estaba vedado a la SA[48].

---

[46] Corte Constitucional, Sentencia T-393 de 2017 MP. Cristina Pardo Schlesinger párr. 6.4 "[L]*a garantía constitucional de la* non reformatio in pejus*, la cual es aplicable no solo a procesos punibles sino a otras ramas del derecho incluyendo la contenciosa administrativa, es un derecho fundamental que consagra una de las reglas básicas de los recursos, y es la de establecer un límite a la competencia del fallador de segunda instancia consistente en que su providencia debe ceñirse únicamente a un pronunciamiento respecto de lo desfavorable a quien apeló, es decir, no puede hacer más perjudiciales las consecuencias de quien ejerció el recurso. Si el operador transgrede esta regla, su sentencia estará violando directamente la Constitución."*

[47] Al respecto, ver la Sentencia T-204 de 2015 de la Corte Constitucional (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado): "[...] *existe también una limitación legal que impide al juez de segunda instancia realizar un control de legalidad abstracto y exhaustivo sobre la sentencia de primera instancia, toda vez que la competencia del mismo se circunscribe, explícitamente, a aquello que fue alegado en el recurso de apelación. En similar sentido, al entenderse que la apelación fue interpuesta en lo desfavorable al apelante, él [sic] juez de segunda instancia no podrá desmejorar la situación jurídica del apelante único, pues ello quebrantaría, consecuentemente, el derecho fundamental a la* no reformatio in pejus*. // Así, en Sentencia T-255 de 1993, haciéndose alusión a lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-055 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández), la Corte Constitucional ratificó que la competencia del juez de segunda instancia para fallar sobre el recurso de apelación se circunscribe explícitamente a las alegaciones realizadas por el apelante único. En sentido contrario, si ambas partes apelan, la competencia del juez podrá extenderse al análisis de legalidad del fallo de primera instancia, sin la limitación impuesta por el principio de la no reformatio in pejus:// 'Así, pues, la garantía reconocida por el artículo 31 de la Carta al apelante único tiene el sentido de dar a la apelación el carácter de medio de defensa del condenado y no el de propiciar una revisión "per se" de lo ya resuelto. Así que,* ***mientras la otra parte no apele, el apelante tiene derecho a que tan solo se examine la sentencia en aquello que le es desfavorable. Es ésta, por tanto, una competencia definida de antemano en su alcance por el propio Constituyente [...]*** *Así, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha analizado extensivamente la garantía de la no reformatio in pejus, señalando que si bien en el artículo 31 de la Constitución Política se hace referencia a la prohibición de la agravación de la 'pena', la aplicación de la garantía de no desmejorar la situación jurídica del apelante único es obligatoria en todos los procesos, y recae sobre todas las sentencias y todas las jurisdicciones'"* (negrita propia del texto).

[48] Ibíd. *"42. Ahora bien, en tanto la garantía de la no reformatio in pejus es parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso y de obligatoria observancia por parte del juez, la misma no puede ser pretermitida,* ***ni siquiera bajo el argumento de preservar la legalidad de la sentencia de primera instancia y de corregir errores en los que haya incurrido el juez de primera instancia al momento de proferir su decisión****"* (negrita fuera del texto original).

Así, en los términos expuestos, de manera respetuosa, dejo consignados los motivos por los que salvo mi voto.

Con toda consideración,

[Firmado en el original]

SANDRA GAMBOA RUBIANO
Magistrada Sección de Apelación

***DESCRIPTORES**: DERECHO AL DEBIDO PROCESO -defensa técnica en la JEP-. DEFENSA TÉCNICA EN LA JEP -es necesaria también en los procedimientos sobre beneficios de menor intensidad-. DEBIDO PROCESO -aplicación en la Jurisdicción Especial para la Paz-. DOBLE INSTANCIA -garantía desconocida al hacer del trámite de apelación instancia en la que se allegan medios de prueba no conocidos al tiempo de los debates-. DERECHO A LA PRUEBA -exigencia del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho humanitario internacional y del derecho internacional penal-. DEBIDO PROCESO -no puede limitarse bajo el argumento del principio de temporalidad estricta de la JEP-. RECHAZO IN LIMINE -debido proceso como presupuesto-. COMPETENCIA JEP -rechazo in limine es excepcional y sujeto a límites-.*

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA SANDRA GAMBOA RUBIANO AL AUTO DE LA SECCION DE APELACION TP-SA 639

DEL 19 DE NOVIEMBRE DE 2020[1]

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de 2020

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sección de Apelación (SA) de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), dejo consignados los argumentos por los cuales, no acompaño, la decisión adoptada mediante el Auto TP-SA 639 de 2019.

RESUMEN

Con la decisión adoptada la Sección de Apelación mayoritaria dejó de lado consideraciones centrales relativas al derecho al debido proceso, de aplicación dentro de los trámites adelantados ante la JEP, en tanto la justicia restaurativa y modelos de justicia transicional no autorizan la excepción a garantías constitucionales como: el derecho a la defensa técnica, en asuntos jurisdiccionales en los que se discuten asuntos que implican la competencia para definir las condiciones de libertad personal, o el de contradicción de la prueba y de doble instancia, en especial en procedimientos de la naturaleza señalada. En el caso en concreto, el interesado solicitó al Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa de la JEP (SAAD) defensor y solo cinco (5) meses la Secretaria Ejecutiva (SE) formalizó designación, sin que la SA, considera de su interés el asunto.

Aunado a ello, me distancian de la decisión adoptada por la Sección mayoritaria argumentos que vinculan la resolutiva aprobada, a lo que la mayoría de la SA ha denominado "*principio de estricta temporalidad*", como justificación de la posibilidad de que tienen los órganos de la JEP de rechazar *in limine* una solicitud ante la JEP.

[1] En este caso la SA resolvió la apelación contra la resolución 8158 del 3 de diciembre de 2019, proferido por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ) de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), dentro del trámite de apelación inciado por el solicitante Genaro José Prieto Prieto contra dicha providencia, mediante la cual la Sala de Justicia rechazó la acción de sometimiento por no haber aportado el señor Prieto la información requerida por la Sala. Expediente Legali: 9000862-74.2018.0.00.0001

Defensa técnica en procedimientos que resuelven solicitudes de sometimiento y de beneficios provisionales

Jurisprudencia de la Sección de Apelación mayoritaria

1. La SA mayoritaria se ha decantado en su jurisprudencia por considerar que, tratándose de solicitudes de sometimiento y de beneficios provisionales, también llamados de menor entidad, el derecho a la defensa de los solicitantes no implica el derecho a contar con defensa técnica. Esto es, quienes comparezcan para los trámites mencionados, no tienen derecho a tener un abogado que los represente, para satisfacer su derecho a la defensa; este se entiende satisfecho con la defensa material que puede adelantar el interesado, quien en todo caso si así lo desea puede designar un abogado.

2. En el auto TP-SA 095 de 2019 la Sección mayoritaria determinó: "*la SA no encuentra evidencia en el plenario que dé cuenta de que el respectivo profesional del derecho aceptó tal designación y que, por tanto, efectivamente asumió la labor de gestionar jurisdiccionalmente los derechos y las garantías del recurrente. Lo anterior, sin embargo, no representa irregularidad alguna de la que deba hacerse cargo la SA, ni mucho menos es óbice para que se resuelva la impugnación interpuesta por el interesado. Como lo concluyó esta Sección de forma unánime* (…) *el hecho de que un no compareciente a la JEP en los términos del artículo 5 de la Ley 1922 de 2018 procure personalmente la defensa de sus intereses, no significa que se presente una anomalía procedimental en el trámite jurisdiccional -literal a) del artículo 12 del Decreto 277 y el parágrafo 1 del artículo 45 de la Ley 1922 de 2018-, avala que la persona interesada en la concesión de las prerrogativas provisionales* (…) *actúe sin la necesaria concurrencia del derecho de postulación*" [2].

3. En la sentencia TP-SA 043 de 2019[3], la posición mayoritaria fue consistente y se sostuvo: "*las actuaciones en el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición -SIVJRNR-, en lo que concierne especialmente al trámite de los beneficios provisionales de que tratan la Ley 1820 de 2016 y demás normas complementarias -como es el caso del beneficio de libertad condicionada-, no requieren de la representación de un abogado, sino que pueden ser llevadas a cabo en causa propia por parte de los intervinientes procesales* (...)" y estableció que siendo ello así, la exigencia en términos de utilización de los instrumentos procesales, para dichos llamados "*intervinientes*" es menor a la que se haría a abogadas o abogados.

4. En esta oportunidad, la SA mayoritaria ratifica su entendimiento del marco jurídico[4], en un caso en el que un solicitante de sometimiento y de los beneficios liberatorios de competencia de la JEP al eludir la consideración sobre el hecho de que el solicitante está actuando sin defensa

[2] Tribunal para la Paz. Auto TP-SA 095 del 13 de febrero de 2019, párr. 11 a 12, con salvamento de voto.
[3] Tribunal para la Paz. Sentencia TP-SA 043 del 13 de febrero de 2019, párr. 11.1, con salvamento de voto.
[4] Tribunal para la Paz. Auto TP-SA 136 del 3 de abril de 2019, párr. 8, 10 y 14, con salvamento de voto.

técnica. Así, deja claro que su entendimiento es que, la ausencia del defensor no vicia de nulidad las actuaciones adelantadas.

Afectación al derecho al debido proceso, derivada de afirmar que no es exigible la defensa técnica en procedimientos que deciden sobre el sometimiento y beneficios de carácter liberatorio

5. La jurisprudencia mayoritaria, antes referida, devela implicaciones sobre el derecho al debido proceso. Contrario a lo sostenido por la mayoría de la Sección, estimo que en el procedimiento que estudia la solicitud de comparecencia y beneficios provisionales, existe la obligación de representación por abogado. La ausencia de representación adecuada implica un grave riesgo para la garantía efectiva del derecho a la libertad, de quienes acuden a la JEP incentivados por los mecanismos que este componente de justicia puede ofrecer de manera condicionada a quienes contribuyan a la satisfacción de los derechos de las víctimas y a la construcción de una paz estable y duradera.

6. Por la vía de interpretación de la mayoría de la Sección, se tiene que la persona que se acoge o es puesta a disposición de la JEP, antes de adquirir la calidad de compareciente, no tendría derecho la defensa técnica. Nada más extraño al carácter mismo de los procedimientos previstos en la JEP como componente de justicia en un marco transicional, basado en los principios definidos por el artículo 12 transitorio del AL 01 de 2017, entre ellos: el condicionamiento del tratamiento penal especial a la garantía de los derechos de las víctimas; la centralidad de las víctimas; participación de las víctimas; el *debido proceso*; la contradicción; el *derecho a la defensa*; la favorabilidad, y la libertad de escoger abogado acreditado para ejercer en cualquier país.

7. Si bien la Ley 1922 de 2018 en su artículo 6 dispone sobre la Defensa de los comparecientes, ello no puede entenderse, como lo hace la mayoría de la Sección, como que sólo los comparecientes tienen derecho a la defensa técnica. La norma implica que la Defensa de un compareciente es sujeto procesal, no algo adicional o diferente a eso. El derecho a la defensa es de carácter constitucional. La ley de procedimiento de la JEP no puede interpretarse como una excepción, en particular sobre asuntos que versan sobre un derecho fundamental como lo es del derecho a la libertad personal. Por el contrario, debe estar enmarcada en los principios definidos en la Carta Política de 1991 y al bloque de constitucionalidad en la materia, lo cual implica, entre otros, la consideración a los principios antes referidos y sus desarrollos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

8. Sugerir que el derecho de defensa técnica, en el marco de los procedimientos ante la JEP se adquiere solo en el momento en que se fija competencia sobre el asunto, desdice del carácter que la Constitución reconoce a esta Jurisdicción Especial, como aquella que tiene dentro de sus objetivos "*adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas*".

9. La línea argumentativa adoptada, deja de lado un aspecto central del derecho al debido proceso en escenarios en los cuales el objeto de la decisión es la libertad individual. Tal libertad constituye uno de los derechos fundamentales que expresa la dignidad humana en un Estado Social de Derecho. Así, los límites impuestos al Estado como titular de la acción punitiva se basan en reconocer la asimetría entre aquel como quien detenta el poder y el sujeto investigado, procesado o condenado.

10. Las normas que establecen beneficios para quienes se encuentran sometidos, por ejemplo, a un proceso punitivo, no por tratarse de beneficios pierden el nivel de exigibilidad de los derechos de personas investigadas, procesadas o condenadas. Si el Estado establece un marco normativo para ceder de manera justificada en el ejercicio de la acción penal y por ello de brindar condiciones de libertad personal, debe también ofrecer garantías para la efectividad en la exigibilidad de dicho derecho; esto es, garantías de debido proceso, que contemplen el derecho de defensa.

11. Plantear una exigibilidad diferenciada del derecho a la libertad personal, entre, de un lado, la aplicación de normas que autorizan la privación de la libertad y de otro lado, la aplicación de normas que establecen como beneficio la cesación de dicha privación, implica dejar por fuera del análisis un elemento central: el ámbito del poder del Estado en materia penal. Se insiste, no por tratarse de beneficios deja de ser un asunto en el que se deba reconocer que el Estado no está en una posición simétrica.

12. Los beneficios transitorios establecidos en el marco de la JEP como componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición, no por ser beneficios liberatorios, implican un procedimiento que pueda desligarse de considerar la naturaleza de la acción punitiva del Estado. Ello a mi parecer resulta obvio si se tiene en cuenta que cuando el Estado establece en el ordenamiento jurídico, incluso de carácter transitorio, supuestos dentro de los cuales la libertad personal puede recuperarse de manera condicionada, no le es dado disminuir las garantías que amparan la efectividad de ese derecho fundamental. Como lo describió la Corte Constitucional " *el Acto Legislativo 01 de 2017 fija las bases del* ***modelo de persecución penal en el marco de la justicia transicional****, a partir de tres elementos: (i) la universalidad del sistema, para que la función persecutoria se extienda a todos los actores del conflicto armado; (ii) la selectividad en la función persecutoria, para que el deber de investigar, juzgar y sancionar se concentre en los máximos responsables de los delitos más graves y representativos; (ii) la creación de un esquema de incentivos condicionados*" (negrilla fuera del texto).

13. En particular, respecto al esquema de incentivos condicionados sostuvo que desde el punto de vista político, la lógica que subyace al mismo es que "*la flexibilización en los estándares* ***punitivos*** *constituye una condición para la viabilidad de las negociaciones con los grupos armados ilegales, pues éstos no estarían dispuestos al desarme si ello trae consigo la aplicación severa y estricta de una ley penal frente a la cual han planteado reparos sustantivos y procesales*" (negrilla fuera del texto).

14. El derecho fundamental al debido proceso establecido en la Constitución guarda estricta relación con el principio de dignidad humana, el cual adquiere su plena eficacia de conformidad con los procedimientos y garantías establecidos en el derecho aplicable. Los procedimientos penales se encuentran especialmente guiados por el respeto de la dignidad y los derechos y garantías de las personas procesadas. *"[Y] para lograrlo, se imponen restricciones en las fases procesales asegurando su eficacia, para que de esa manera ninguno de los partícipes sea instrumentalizado por la acción estatal"*.

15. Así, uno de los mecanismos más efectivos de protección a los derechos fundamentales, dentro del proceso, lo constituye el derecho al *debido proceso*. La Corte Constitucional ha puntualizado que, a través de él, se busca la protección de un individuo que se encuentra sometido a los rigores, entre otros, de un procesamiento penal o administrativo. Y de manera general es el resultado de una regulación de carácter jurídico a través de la cual se adelanta la protección de los derechos de las personas para que los diligenciamientos que llevan a cabo las autoridades judiciales –y administrativas—, no estén sometidos a sus caprichos. Lo anterior implica el sometimiento de procedimientos previamente establecidos y la guarda de garantías sustanciales y de procedimiento, que han sido previstas en la Constitución y la ley.

16. En el mismo sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, al definir en su artículo 10, el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, sienta las bases para el cumplimiento de los compromisos internacionales sobre la protección al debido proceso por parte de los Estados firmantes. Tales compromisos se profundizan en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos donde, en su artículo 14 se establece la igualdad de las personas ante los órganos de justicia, y el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con las garantías del caso por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley.

17. A nivel interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 8°, consagra la obligación de respetar las "*garantías judiciales*", conjunto de derechos y principios que deben guiar las instancias procesales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha considerado que estas garantías integradoras del debido proceso son de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados sin importar cuál es el órgano que ejerce la función jurisdiccional.

> *(…) cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.*

18. En virtud de este derecho el Estado constitucionalmente debe garantizar, entre otras cuestiones: i) el acceso a procesos justos y adecuados; ii) el principio de legalidad y las formas previamente establecidas; y iii) los principios de contradicción e imparcialidad. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que el debido proceso puede ubicarse en tres órdenes:

(i) Actuando ante violaciones graves, esto es, cuando se implica el desconocimiento del sistema de garantías constitucionales, por ejemplo, violación del derecho de defensa, del derecho de contradicción, a los recursos de ley, desconocimiento del principio de favorabilidad o del principio de *non reformatio in pejus*, entre otros, en el proceso mismo, lo que genera la procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

(ii) Resaltando que también resulta un medio para la vulneración de otros derechos fundamentales.

(iii) Reconociendo la exigencia de interpretar el derecho en clave constitucional y adecuar el comportamiento de los funcionarios a los mandatos de la Carta Política.

19. El *debido proceso* es además un derecho transversal en la JEP, así se establece, entre otros, en el artículo 1 de la Ley 1922 de 2018, donde se señala que las actuaciones, procedimientos y decisiones se regirán por el *debido proceso,* en el procedimiento dialógico –*literal b-*, y que *"en los procedimientos adelantados ante la JEP, siempre se deberá garantizar el debido proceso entendido, como mínimo, la necesidad de participar en la actuación, de notificación oportuna y al ejercicio del derecho a la defensa y contradicción de la prueba" -literal e-.*

20. El derecho a la defensa es uno de los aspectos básicos del debido proceso, como medio que posibilita la realización de otros derechos y garantías. La legislación penal nacional que cuenta con contenidos sobre dicho derecho. Así, el artículo 8 de la Ley 600 de 2000, al cual nos remitimos en atención a la expresa regulación del artículo 72 de la Ley 1922 de 2018, establece que, a través de todas las actuaciones se garantizará el derecho a la defensa, que deberá *"ser integral, ininterrumpida, técnica y material".*

21. A propósito del análisis de las normas de la Ley de Procedimiento de la JEP, resulta ilustrativo mencionar que si bien el artículo 126 de la Ley 600 de 2000 establece que el sindicado adquiere la calidad de sujeto procesal desde su vinculación mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente, la Corte Constitucional declaró exequible de manera condicionada dicha norma, en el entendido de que, aún antes de la vinculación mediante indagatoria o como persona ausente, el imputado tendrá los mismos derechos del sujeto procesal, especialmente a lo que se refiere al ejercicio del derecho a la defensa y, por supuesto, a la protección de sus demás derechos constitucionales. Esto, en armonía con el análisis que, sobre el derecho a la defensa y la improcedencia de la limitación de su ejercicio a determinadas etapas procesales, ha hecho la Corte IDH.

22. El sentido de que el derecho a la defensa responda efectivamente al objetivo de garantizar condiciones efectivas de debido proceso, no resulta ajeno a procedimientos que se sigan en el marco de un modelo de justicia transicional. Por el contrario, asegurar que quienes se sometan o sean puestos a disposición de la JEP cuenten con la garantía de acceso a la defensa técnica, corresponde a la consideración del principio de seguridad jurídica y del objetivo de que el accionar de la Jurisdicción Especial aporte a una paz estable y duradera.

23. La normativa nacional ordinaria sobre derecho a la defensa ha sido desarrollada jurisprudencialmente, sosteniendo que, el derecho a la defensa posee rango constitucional y está caracterizado por su intangibilidad, realidad, materialidad y permanencia. Es *intangible* e irrenunciable en tanto implica la designación de un abogado de confianza por parte del procesado y ante la imposibilidad de hacerlo, la obligación **ineludible** del Estado, de asignarle un defensor público o de oficio. Es *real* o *material* ya que "no es garantía del derecho a la defensa la sola existencia nominal de un profesional del derecho". Y es *permanente*, debido a que a lo largo del proceso la representación técnica ha de ser ininterrumpida, tanto en la investigación como en el juzgamiento.

24. Conforme lo ha desarrollado la doctrina y la jurisprudencia, existe una distinción entre la defensa material que realiza el mismo procesado y la defensa técnica o también denominada profesional, que le corresponde ejercer en representación del procesado al abogado, bien sea por designación directa, por nombramiento oficioso que haga el funcionario judicial o bien que sea representado por un miembro de la Defensoría Pública o de oficio, conforme así lo admiten los artículo 130 y 131 de la Ley 600 de 2000.

25. De acuerdo con el artículo 305 de la Ley 600 de 2000, las diligencias practicadas sin la asistencia del defensor del procesado son consideradas como inexistentes para todos los efectos procesales, por considerar esta circunstancia como una transgresión al derecho a la defensa.

26. A partir de las consideraciones anteriores, no se puede perder de vista que, tratándose del derecho de defensa, en asuntos relacionados con la libertad de las personas, este derecho cobra especial relevancia. Y es así porque procura que las partes actúen en el proceso contando con recursos para dotar al operador judicial de suficientes elementos en un adecuado proceso. Dado lo anterior, en un acto judicial en el que se resuelven asuntos de alto impacto social y la posibilidad de prolongar la privación de la libertad de un ciudadano, el derecho a la defensa técnica tiene una importancia especial como lo definió el constituyente en el artículo 29 de la Constitución Política.

27. Así las cosas, la inobservancia de las garantías necesarias para el ejercicio concreto de la defensa no puede ser ignorada pues impone una carga desproporcionada a quienes son solicitantes de libertad, dado que se trata de actuaciones que requieren de cierto nivel de experticia y lo que se ha establecido por la SA Mayoritaria es que quedan librados a sus propias fuerzas. Es mi consideración que la SAI debe proveer lo necesario para que el Sistema de

Defensa Técnica de la JEP designe defensor de oficio para el trámite de solicitud de sometimiento y beneficios liberatorios ante la JEP.

Implicaciones del argumento según el cual el "*principio de estricta temporalidad*" de la JEP justifica la posibilidad de que los órganos de la JEP rechacen *in limine*

28. También me distancio la parte motiva de la providencia, en tanto insiste en un argumento de la mayoría de la SA, de acuerdo con el cual, el rechazo *in limine* consiste en una facultad para descartar de entrada asuntos evidentemente improcedentes, cuyo análisis minucioso resulta, de un lado, innecesario y de otro, implica el riesgo de cogestión judicial. Lo anterior se explica en el auto, entre otras razones, por el principio de estricta temporalidad en que se basa la JEP y la consecuente necesidad de evitar dilaciones innecesarias en el desarrollo de la justicia transicional. Mi disenso se da en virtud de inquietudes en materia de: (i) el debido proceso como garantía fundamental y su aplicación en cualquier procedimiento de carácter judicial; (ii) la necesidad del análisis de los hechos y de las pruebas antes de tomar una decisión definitiva; y (iii) la adecuada sustentación, para decidir si se niega o acepta fijar competencia.

La aplicación del debido proceso en la Jurisdicción Especial para la Paz

29. Las determinaciones que adopte la SA y en general, las de la jurisdicción especial, deben atender los preceptos constitucionales, en especial el derecho a, debido proceso, eje fundamental de la administración de justicia. El artículo 29 de la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad que integran en la materia el artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, garantizan a todos los ciudadanos y ciudadanas el respeto de la rigurosidad procesal, para una adecuada administración de justicia, como expresión de la debida consideración a la dignidad humana.

30. Este derecho permite que las personas estén protegidas contra eventuales *abusos o desviaciones de las autoridades judiciales,* debido a que cada actuación está supeditada a lo que el precepto constitucional *define como formas propias de cada juicio.* Es por ello por lo que, cuando una persona acude al sistema de justicia de un Estado, se requiere que se respeten estrictamente las garantías procesales, con el fin de no alterar el ordenamiento jurídico y otorgar un trato digno a las partes e intervinientes.

31. Si bien el proceso judicial es una actividad dinámica que se lleva a cabo a partir de actuaciones que pretenden *realizar el valor esencial la de la justicia,* también se debe entender que

éste tiene límites, tanto formales como materiales. Límites dispuestos por la Constitución y la ley, que constituyen las garantías antes aludidas[5].

32. De forma absolutamente excepcional, mediante providencia debidamente motivada y garantizando el derecho a la doble instancia, estas solicitudes, abiertamente infundadas, pueden rechazarse *in limine*. Sin embargo, debo aclarar que no es de recibo de mi parte, que se afirme que es en función del principio de estricta temporalidad de la JEP y de la congestión, que se justifica la adopción de este tipo de decisiones. Tal tipo de afirmaciones desdicen de un entendimiento del debido proceso en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

33. La temporalidad más que un principio es una característica de esta Jurisdicción, que, por supuesto debe tenerse en cuenta en el ejercicio de la función que se le ha encomendado, pero que no está llamada a servir de justificación para redefinir orgánicamente a la JEP. En otras palabras, la temporalidad es parte del diseño y se justifica en el modelo de selección, no, como parece entenderlo la sentencia, en el sentido de que la selección y de contera el impulso "anticipado" de la misma, se justifica en la temporalidad[6].

34. Así, independientemente de la temporalidad estricta de la JEP, no se puede descartar el estudio previo y juicioso que se debe hacer de la solicitud y del material obrante en el expediente que tiene el magistrado o magistrada de la Sala, pues abiertamente se estaría desconociendo los principios y reglas constitucionales, como lo es el de la doble instancia, como garantía del debido proceso.

Elusión de la garantía de doble instancia en materia probatoria

Delimitaciones sobre el recaudo de los medios de prueba y el debido proceso en concordancia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

35. La SA mayoritaria en la decisión respecto de las cual salvo mi voto, configura el trámite de apelación como instancia para el recaudo de medios de prueba no conocidos al tiempo de los debates. Ello obliga a revisar si existía dicha posibilidad de conformidad con la competencia funcional y orgánica de la Sección.

---

[5] En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional a través de la sentencia C-342 de 2017, MP. Alberto Rojas Ríos.

[6] Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2017. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez, apartado 5.4: "Adicionalmente, dado el modelo de punición establecido en el Acto Legislativo 01 de 2017, y dado el rol institucional asignado a la Jurisdicción Especial para la Paz, este organismo debía tener un carácter transitorio, ya que este organismo se enfoca, según los artículos transitorios 5 y siguientes, en quienes tuvieron la mayor responsabilidad en los crímenes más graves y representativos, lo cual significa que la JEP no debe activar sus funciones investigativas y judiciales respecto e todos los delitos cometidos en el marco del conflicto armado, sino únicamente en relación con aquellos que tienen mayor gravedad y representatividad, para imputarlos a quienes pueden ser considerados como máximos responsables. **Este modelo de punición orientado a las macro-estructuras de la criminalidad y no a la penalización individual, y basado en la selectividad, permite reafirmar el carácter temporal de la JEP**". (Negrilla fuera del texto).

36. En lo que concierne al recaudo de nuevos medios de prueba en segunda instancia, debe recordarse que todo medio de prueba, que se pretenda considerar para adoptar una decisión de fondo, debe cumplir las exigencias que integran el derecho a un debido proceso legal. Ahora, reiterando la consagración que el art. 21 de la LEJEP hace del respeto al debido proceso en **todas** las actuaciones a cargo de esta Jurisdicción, el art. 27 de dicha norma establece que "*la responsabilidad de los destinatarios del SIVJRNR* ***no exime*** *al Estado de su deber de respetar y garantizar* ***el pleno goce*** *de los derechos humanos y de sus obligaciones conforme a Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*" (negrilla fuera del texto original).

37. En rigurosa alusión a la posibilidad de práctica de pruebas en apelación, que no es consagrada en el derecho sancionatorio nacional ni en el bloque de constitucionalidad, con fundamento en el artículo 14.5 del PIDCP, la SA podría reconocer la posibilidad excepcional de recaudo de nueva evidencia en sede de impugnación, **solo para hacer frente a las decisiones condenatorias en primera instancia**.

38. La existencia de prueba nueva, no conocida al tiempo de los debates, así como de hechos nuevos que han tenido lugar tras la "*sentencia condenatoria*", solo habilita en la JEP, a la presentación de una solicitud de revisión, de conformidad con lo establecido en el numeral 2, del literal e) del art. 97 LEJEP. Consagración normativa generada a partir del artículo 29 Superior, del que también surge el derecho de toda persona a controvertir las pruebas que sean presentadas en su contra, principio del contradictorio, principio de bilateralidad o simplemente derecho a la contradicción. En el mismo sentido se ha interpretado en la JPO la posibilidad de decretar pruebas en trámites posteriores al fallo de primera instancia dentro del derecho sancionatorio, en donde se erige el recurso extraordinario de revisión como la vía pertinente para allegar ese tipo de elementos, cerrándose la posibilidad de habilitar trámites de pruebas no definidos dentro del proceso judicial legalmente establecido[7].

El tema de prueba como contención para realizar el debido proceso

39. El principio contradictorio comprende la posibilidad de acceso a la justicia para que, en *igualdad de condiciones*, el procesado pueda ser escuchado dentro del proceso por un juez independiente, autónomo e imparcial. En esta órbita, el derecho a la igualdad durante la actuación procesal significa que, para que la contradicción sea efectiva, los sujetos procesales deben hallarse al mismo nivel de posibilidades para imputar y refutar, alegar, aportar, afrontar y **enfrentar la prueba**, e **impugnar las decisiones** que de ella se generan, como lo ha sentado la

[7] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 23 de enero de 2008. Rad 28301. *El principio de legalidad en materia probatoria, advirtió la Sala en uno de los antecedentes citados, comporta la oportunidad para aducir los medios de convicción; y si el Ad-quem en el recurso de apelación únicamente puede analizar la decisión de primer grado con base en las pruebas incorporadas con antelación por el A quo, con mayor razón, en sede del recurso extraordinario, la Sala de Casación Penal debe sujetarse a examinar lo debatido en las instancias.// En eventos de pruebas surgidas con posterioridad al fallo, es la propia normatividad la que prevé la posibilidad de su examen a través de la acción de revisión, siempre y cuando se reúnan las condiciones para su viabilidad".*

jurisprudencia penal[8], así como la constitucional, en este último caso, al referirse a los principios de publicidad y contradicción de la prueba:

> La publicidad y contradicción de la prueba corresponden a principios esenciales que no pueden ignorarse por la ley procesal, sin afectar el derecho de defensa de las partes. Si no se garantiza la debida publicidad y contradicción en lo tocante con las pruebas, éstas carecen de valor y de eficacia.
>
> A las partes, por lo tanto, se les debe brindar la **posibilidad real y efectiva de conocer las pruebas, intervenir en su práctica, debatirlas, cuestionarlas y estudiarlas con el objeto de poder apoyar en ellas sus pretensiones**. La actividad clandestina del Estado que decreta y practica las pruebas, distante de las partes, no se compadece con el carácter público de la función judicial, el cual garantiza por igual los intereses superiores de la sociedad y de los individuos cuyas conductas son objeto de investigación y juzgamiento. La prueba se decreta en virtud de un acto estatal que es público y se practica en las mismas condiciones. Inclusive, la exigencia de motivación que se predica de las sentencias se ha establecido como necesaria para que se conozca, examine y debata por las partes y la misma comunidad, las conclusiones, los argumentos y los análisis que con base en el material probatorio realiza el fiscal o juez de la causa.
>
> De otro lado, la publicidad de la prueba permite a la parte contradecirla, cuando ello sea necesario para tutelar su posición e intereses dentro del proceso. La prueba que se decreta de manera oculta **y que se practica e incorpora en el proceso sin ofrecer a las partes oportunidades ciertas y reales para intervenir en su realización, solicitar su aclaración, discutir sus resultados, recusar al funcionario, verificar los hechos, pedir contrapruebas y, en fin, desplegar una conducta activa en la defensa legítima de sus derechos, quebranta el principio de contradicción de la prueba y, por consiguiente, el derecho al debido proceso**[9]. (...) (negrilla fuera del texto original).

40. El imperativo de tomar una decisión basada en las pruebas obrantes en el proceso se ve calificado en esta Jurisdicción, cuya primera pretensión es la construcción de la verdad de los sucesos que puedan considerarse como relacionados con el CANI. El ejercicio encomendado a la JEP supone un esfuerzo conjunto entre comparecientes, víctimas y operadores de justicia, quienes al interior de los procedimientos deben aportar la mayor cantidad de elementos **que permitan tomar decisiones materialmente justas**. Sólo de esta forma se puede avanzar en el

---

[8] Subraya la jurisprudencia penal: "*En el ámbito concreto de la prueba, la contradicción permite cuestionarla, en condiciones normales, ordinarias, en plano paritario frente a la imputación o acusación, salvo, en aquéllas hipótesis en las que la 'imposibilidad' deviene por comportamiento censurable de los sujetos procesales*" CSJ. SCP. Sentencia de Casación de 2 de octubre de 2001.

[9] Corte Constitucional, Sentencia T-265/03. Ver entre otras, Sentencias T-204/18; C-473/16; C-1154/05; C-798/03, C-156/02 y C-595 de 1998.

restablecimiento de los derechos de las víctimas respetando a su vez el debido proceso de los comparecientes.

41. Establecida la exigencia de que todo acto que se predique jurisdiccional cuente con un soporte probatorio, analizado y recaudado a partir de un proceso previamente definido para ello, surge un segundo asunto de suma importancia para ilustrar la entidad de la actividad judicial que espera de la JEP. El tema de prueba "*está constituido por aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso*"[10]. Ello implica que lo que resulta pertinente acreditar en un proceso en particular, es algo que debe definirse de acuerdo con los planteamientos fácticos y jurídicos del caso.

42. Incluso, es preciso indicar que la ***prueba sobreviniente*** no constituye una excepción al respeto de las oportunidades legalmente establecidas para la solicitud, decreto y práctica probatoria. Al contrario, su aplicación supone que se encuentren definidos los hechos que se pretenden probar, los medios por los cuales se debe hacer, y que en el ejercicio de discusión que supone la práctica y contradicción de la prueba, surjan elementos nuevos que, en atención a su relevancia procesal deban ser decretados y practicados como prueba. Esta última característica, según la jurisprudencia de la SCP de la CSJ, es compartida por los tres últimos sistemas procesales adoptados en nuestra legislación[11]. Igualmente, la Corte Suprema define las características que debe tener ese tipo de evidencia a efectos de ser excepcionalmente admitida en **juicio, se aclara, no en apelación tras la superación del juicio**.

> Obsérvese cómo, el trámite de descubrimiento previo al juicio en las oportunidades indicadas para esto, hace parte del **debido proceso probatorio** y repercute seriamente en el derecho de defensa, por ello, se reitera, la consecuencia de su inobservancia, no puede ser otra que el rechazo del medio solicitado, salvo los casos de "*prueba sobreviniente*", cuyo decreto excepcional **en el juicio** fue concebido, **no para cambiar la forma en la que se preparó la incorporación y práctica de las pruebas decretadas, ni con el fin de revivir oportunidades procesales fenecidas**, sino para no privar a las partes de ofrecer el conocimiento contenido en aquel medio que siendo pertinente, conducente y útil, (i) surge en el curso del juicio, bien porque se deriva de otra prueba allí practicada y ello no era previsible, o porque en su desarrollo alguna de estas encuentra un elemento de convicción hasta ese momento desconocido; (ii) no fue descubierto oportunamente por motivo no imputable a la parte interesada en su práctica; (iii) es "*muy significativo*" o importante por su incidencia en el caso; y, (iv) su admisión no

[10] Parra Quijano, Jairo. (2011) *Manual de Derecho Probatorio*. (18va ed.) Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, pág. 135.
[11] CSJ, SCP, Auto AP-8489-2016. Rad. 48178. Consid. 2.2.2. "*Tienen de común las disposiciones previamente citadas* [Decreto 2700/91, Ley 600/00 y Ley 906/04] *que la figura en cuestión está ligada a la práctica de las pruebas en la audiencia pública o de juicio oral, según la sistemática procesal que cada compendio normativo regula*".

comporta serio perjuicio al derecho de defensa y a la integridad del juicio[12]. (negrilla y subrayas fuera del texto original).

43. Respecto del rito de la Ley 600 de 2000, la jurisprudencia ha señalado que la prueba sobreviviniente puede ser decretada de oficio para su recaudo, se insiste, en la **etapa de juicio**, bajo la teleología de esclarecer los hechos y **solo hasta el momento anterior a las alegaciones finales**[13]. De acuerdo con los criterios decantados por la jurisprudencia a efectos de delimitar la oportunidad probatoria, y garantizar que, excepcionalmente una prueba de importancia superlativa pueda ser practicada en procura de la consecución de justicia material y la integridad del **juicio**, el decreto de una prueba sobreviniente es una posibilidad habilitada por el legislador.

44. Sin embargo, no puede considerarse que sea una facultad del juez que no tenga también un límite definido dentro del procedimiento. Nótese que, al ser un elemento que surge **durante la etapa de juicio**, tras la oportunidad procesal de las partes de descubrirla y solicitarla, debe su decreto realizarse antes que finalice el juicio y se recauden las alegaciones finales. Es decir, una vez se cierra el periodo probatorio, y se da traslado para alegar de conclusión, **no es posible que el juez retrotraiga el proceso para la celebración de una prueba que sea hallada posteriormente, siendo necesario a los mecanismos de revisión de providencias legalmente establecidos**.

45. Adicionalmente, debe destacarse que por vía de excepción, solo se habilita la presentación de un nuevo recurso (además del correspondiente a la segunda instancia) en caso de revocarse, por el *ad quem*, la sentencia absolutoria de primer grado[14]. Asimismo, como se dijo,

---

[12] CSJ SP, Decisión de 30 de marzo de 2006, Rad. 24468.
[13] CSJ, SP, Auto SP16536 de 11 de octubre de 2017. Rad. 44630.
[14] Ello también ha sido recogido, en el art. 15 L1922/18. Ante una sentencia absolutoria de primer grado, procede el recurso de apelación, limitándose al estudio de las probanzas recaudadas ante el *a quo*, con el cumplimiento del debido proceso. En tanto, que las **sentencias condenatorias** en primera instancia, también permiten la apelación, pero en este caso habilitándose el recaudo de nueva probanza. Otro debate, en este último caso, se refiere a cómo proceder a dicho recaudo probatorio ante el *ad quem*. Según la jurisprudencia del DIDH, si en el trámite de una apelación con fundamento en el art. 14.5 del PIDCP, se plantean cuestiones fácticas de las que dependa la absolución de un condenado, el derecho a un proceso exige la celebración de una audiencia que permita el recaudo directo de las mismas, así como escuchar al acusado. (*V.gr.*, los siguientes dictámenes del Comité de Derechos Humanos: *Cesario Gómez Vázquez v. Spain*, Comunicación Nº 701/1996, Dictamen del 20 de julio de 2000, Doc. CCPR/C/69/D/701/1996 (2000). Allí el Comité señaló que con independencia del nombre que se otorgue al recurso, la sentencia condenatoria debe ser revisada en sus aspectos formales y sustanciales para cumplir con las garantías del Art. 14.5 PIDCP (párs. 11,1 y 13). *Manuel Sineiro Fernández v. Spain*, Comunicación Nº 1007/2001, Dictamen del 7 de agosto de 2003, Doc. CCPR/C/78/D/1007/2001 (2003). *Joseph Semey v. España*, Communication Nº 986/2001, Dictamen de 30 de julio de 2003. Caso relativo a un ciudadano canadiense y camerunés, donde el Comité reiteró las exigencias del debido proceso, el derecho de defensa y el recurso efectivo a favor de las personas condenadas por delitos relacionados con tráfico de estupefacientes. *Alba Cabriada v. España*. Comunicación Nº 1101/2002, Dictamen de 1 de noviembre de 2004, Doc. CCPR/C/82/D/1101/2002. El Comité reiteró exigencias del debido proceso y del derecho de defensa en casos de tráfico de narcóticos. *Antonio Martínez Fernández v España*. Comunicación Nº 1104/2002. Dictamen de 29 de marzo de 2005, Doc. CCPR/C/83/D/1104/2002). Ello reitera la pacífica jurisprudencia en el sentido de que el recurso debe resolverse en relación con las pruebas practicadas en la primera instancia, lo que no obliga a apreciarlas en el mismo sentido que aquella, sino a que estas constituyan el fundamento para su convicción.

ante el conocimiento de una sentencia condenatoria en segunda instancia, el *ad quem*, debe proveer la posibilidad de recaudo probatorio, **garantizando el debido proceso legal**.

La exigencia de la doble instancia en los debates de índole probatoria

46. Como lo ha precisado la Corte Constitucional, el debido proceso es, también en la justicia transicional, "*piedra angular irremplazable*" del Estado social de Derecho. En ese sentido, si bien puede ser "*flexibilizado*" en algunos aspectos, no podría en ningún momento ser anulados aspectos que conforman su núcleo esencial. De acuerdo con lo anterior, es trascendental que la SA en su condición de órgano de cierre hermenéutico de la JEP, establezca de manera justificada y razonable los motivos por las cuales troca a niveles extremos el debido proceso en las actuaciones adelantadas por las Salas y Secciones.

47. En el caso particular, la SA consideró en el trámite, el informe presentado por la UIA[15] del cual se dio traslado a las partes hizo a través de un auto de cúmplase y, por tanto, de mero trámite e inapelable, más allá de que se hubieran concedido 5 días para presentar "*argumentos sobre su contenido*"[16].

48. Como he tenido la oportunidad de sentar en otros votos disidentes[17], considero que tal práctica no es válida constitucionalmente al restringir la doble instancia respecto de providencias que incorporan pruebas. Ello por las siguientes razones: (i) se debe garantizar el derecho a presentar y solicitar pruebas, el cual es un derecho de carácter fundamental autónomo, reconocido además en el PIDCP y en la CADH; (ii) la decisión final sobre el sometimiento o un beneficio liberatorio se adopta con fundamento en pruebas que se **practican durante el trámite** y precisamente los recursos respecto de las providencias que las llegarsen a negar o dispusieran su recaudo permite corregir errores en que puede incurrir la primera instancia y propiciar la adopción de providencias finales más acertadas. Lo contrario en mi criterio sí iría en contra de la economía procesal, es decir, retrotraer un proceso que ya llegó a su etapa definitiva a un momento anterior; y (iii) las consecuencias de la decisión sobre un beneficio liberatorio impactan, sin lugar a duda, los derechos de los solicitantes, lo que exigiría la apelabilidad de las decisiones relativas al recaudo probatorio.

49. El derecho a la prueba se reconoce de manera expresa en la redacción del artículo 29 de la Constitución, -cuya impronta se mantiene a pesar de que no se enuncie en una providencia judicial-, en donde se dispone que la persona que se enfrenta a un proceso tiene "*derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra*". Esta cláusula, como materialización de los derechos humanos, debe interpretarse de la forma más amplia posible,

---

[15] Tribunal para la Paz. Sección de Apelación. Auto TP-SA 493 de 2020, párr. 24.
[16] Tribunal para la Paz. Sección de Apelación. Auto TP-SA 493 de 2020, párr.15.
[17] Salvamento de voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano del 1 de agosto de 2019, al Auto TP SA 182 de 2019 y a los Autos TP-SA 277 y 289 de 2019.

no siendo propio de un tratamiento judicial democrático que se limite su ejercicio a través de una interpretación restrictiva, como lo es hacer el recaudo probatorio inapelable.

Así, en los términos expuestos, de manera respetuosa, salvo mi voto en el asunto en comento.

Con toda consideración,

[*original con firma escaneada*]
SANDRA GAMBOA RUBIANO
Magistrada Sección de Apelación

DESCRIPTORES: *JEP. -Deberes de la ética y administración de justicia transicional. CRÍMENES INTERNACIONALES. -los Estados tienen la obligación de reconocer los crímenes internacionales en atención a los derechos humanos internacionalmente reconocidos-. CRÍMENES INTERNACIONALES. -deben diferenciarse de los delitos nacionales que reconocen categorías del DIH-. CRÍMENES INTERNACIONALES. -un hecho realizado en el contexto de un conflicto armado no sólo puede constituir crimen de guerra. - CRÍMENES INTERNACIONALES. -pueden estar relacionados con diversos esquemas normativos-. CRÍMENES DE GUERRA. -En casos de CANI, el principio de legalidad estricta se determina en relación con el Estatuto de Roma de la CPI-. CRÍMENES DE GUERRA. -su reconocimiento, exige la previa verificación del umbral de gravedad-. CRÍMENES DE GUERRA. -exige la verificación de los elementos objetivos y subjetivos de los crímenes de guerra-. CRÍMENES DE GUERRA. -prohibición de responsabilidad objetiva. - DERECHOS INTERNACIONALMENTE RECONOCIDOS. -La debida diligencia en la determinación de crímenes internacionales-. DERECHOS INTERNACIONALMENTE RECONOCIDOS. -el debido proceso como exigencia en la justicia transicional-. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO -diversas personas protegidas-. DEBIDO PROCESO. -Práctica de pruebas en segunda instancia-. CRÍMENES DE SISTEMA. - deber de debida diligencia-.NON BIS IN IDEM Y CALIFICACIÓN JURÍDICA PROPIA. -diferencias constitucionalmente admitidas. NON BIS IN IDEM Y CALIFICACIÓN JURÍDICA PROPIA. -criterios para que tenga lugar una verdadera calificación jurídica propia-. CALIFICACIÓN JURÍDICA PROPIA. -límites constitucionales- CALIFICACIÓN JURÍDICA PROPIA. -no debe implicar confundir crimen internacional con delito que reconoce obligación internacional-. CALIFICACIÓN JURÍDICA PROPIA. -deber de asegurar el debido proceso-. CALIFICACIÓN JURÍDICA PROPIA. -no puede restringirse al trámite de segunda instancia, requiere aplicación de la doble instancia-. CALIFICACIÓN JURÍDICA PROPIA. -no implica seleccionar bajo el arbitrio de quien administra justicia un tipo penal-*

<u>Reiteración</u>. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA JEP –Debe ser real, no solo formal-. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA JEP. –Deben intervenir activamente en los procedimientos relativos a la concesión de beneficios en la JEP. PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD. –No pueden crearse principios que limiten los derechos fundamentales de las víctimas y el debido proceso de los solicitantes y comparecientes. DECISIONES JUDICIALES EN LA JEP. –Deben respetar el principio de congruencia-. DECISIONES JUDICIALES EN LA JEP. –Deben respetar la competencia funcional y la estructura orgánica de la JEP-. DECISIONES JUDICIALES EN LA JEP. –La justicia transicional debe realizar las exigencias del Estado Social de Derecho-. DECISIONES JUDICIALES EN LA JEP. -Deben respetar los principios constitucionales de la Justicia Transicional-. PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD. –No pueden crearse principios que limiten los derechos fundamentales de las víctimas y el debido proceso. DERECHO AL DEBIDO PROCESO. -El carácter de la JEP como especie del género de Justicia Transicional, no excusa la aplicación de las garantías básicas de un debido proceso y el derecho de defensa-. ÓRGANO DE CIERRE HERMENÉUTICO DE LA JEP. –su actividad tiene como límites los principios constitucionales y del Derecho Internacional-. ÓRGANO DE CIERRE HERMENÉUTICO DE LA JEP. –La JEP no ha sido concebida bajo una estructura de centralidad interpretativa y definitoria del derecho aplicable-. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA -Aspecto estructural de los derechos a un debido proceso y a la defensa-. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA -Competencia del ad quem limitada al objeto de la impugnación-. DEBIDO PROCESO. -Prohibición de la responsabilidad objetiva en la JEP. AMNISTÍA E INDULTO -Derecho al debido proceso-. DERECHO A UN DEBIDO PROCESO. Prohibición de ius cogens de tratar a las personas como objetos-.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA SANDRA GAMBOA RUBIANO A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN DE APELACIÓN TP-SA AM 168 DEL 18 DE JUNIO DE 2020

Bogotá D.C., 30 de junio de 2020

Expediente: 2018340160500219E.
Compareciente: Luis Alberto GUZMÁN DÍAZ

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO
CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
El debido proceso: Del Estado ético como mito, a la realización de los derechos como camino de No Repetición.
El recorrido procesal del caso del señor Luis Alberto GUZMÁN DÍAZ en la JEP.

I- ACERCA DE LAS EXTRALIMITACIONES DE LA SECCIÓN DE APELACIÓN EN LA PRESENTE DECISIÓN
LA EXTRALIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL DE LA SA: DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN RELACIÓN CON EL PROCESO PENAL TRANSICIONAL EN GENERAL Y EL TRÁMITE DE LAS APELACIONES EN PARTICULAR

EXTRALIMITACIÓN DE LA SA MAYORITARIA AL PROCEDER AL RECAUDO DE PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

II- ENTRE LA EXTRALIMITACIÓN Y LA OMISIÓN: SOBRE LA CONSULTA HECHA A LA SOCIEDAD CIVIL Y A EXPERTOS ACADÉMICOS POR EL DESPACHO SUSTANCIADOR

III- LAS OMISIONES DE LA SECCIÓN DE APELACIÓN EN LA PRESENTE DECISIÓN
SOBRE EL CONTENIDO DE LA DEFENSA TÉCNICA: NO BASTA CON LA DESIGNACIÓN NOMINAL DE UNA DEFENSORA

LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA EXISTENCIA DE CRÍMENES INTERNACIONALES Y LA FUNCIÓN DE CALIFICACIÓN JURÍDICA PROPIA EN LA JEP
La obligación internacional de reconocer los crímenes internacionales
La calificación jurídica propia en la JEP
LA CONFIGURACIÓN DE LOS CRÍMENES DE GUERRA COMO CRÍMENES INTERNACIONALES Y SU APLICACIÓN POR LA SECCIÓN DE APELACIÓN MAYORITARIA
El Derecho humanitario internacional verifica las realidades del conflicto
Los elementos contextuales materiales del crimen de guerra
a) Los elementos generales de contexto de los crímenes de guerra en los tribunales internacionales ad hoc
b) Los elementos generales de contexto de los crímenes de guerra en la CPI
El umbral de gravedad en los crímenes de guerra
El conflicto y la relación de la conducta con el CANI como elemento objetivo del crimen de guerra

SOBRE LA CALIDAD DE PERSONA PROTEGIDA DE UN INTEGRANTE DE LA POLICÍA NACIONAL

El tipo de protección dada a civiles e incluso a combatientes, se corresponde con su actuación en la realidad del conflicto
La calidad de combatiente o de persona protegida, no emerge de su origen legal sino que se desprende de su intervención en las hostilidades
Las personas protegidas son aquellas que no participan directamente en las hostilidades y quienes hayan quedado fuera de combate
Acerca de la participación de la Policía Nacional en el conflicto armado colombiano
Conclusiones preliminares acerca de los elementos del crimen de guerra de homicidio bajo el Estatuto de Roma de la CPI

EL PROCEDIMIENTO DE VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN HECHO EN EL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El tipo penal nacional de homicidio en persona protegida como mecanismo de cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario
Límites de la variación de la calificación jurídica de cara al principio de congruencia
Sobre el principio de favorabilidad y especialidad
El principio de favorabilidad no puede ser anulado en la labor de interpretación de la JEP

IV- LA SOLUCIÓN QUE DEBIÓ DARSE AL CASO

La insuficiencia probatoria para determinar la viabilidad de un beneficio definitivo
Debió determinarse en primer lugar la revisión del caso para así proceder al estudio de la amnistía

RESUMEN EJECUTIVO

En este Salvamento de voto me pronuncio sobre la decisión adoptada por la Sección de Apelación mayoritaria en el caso del señor Luis Alberto GUZMÁN DÍAZ, primera oportunidad en la cual la Sección se pronuncia sobre la configuración de un crimen de guerra, criterio de exclusión de la amnistía en los términos del parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016.

En atención a la relevancia del tema considero oportuno desarrollar mi disenso, el cual gira en torno a los siguientes cuatro temáticas generales:

En el primer acápite me centro en el discurrir procesal del caso en la JEP y las implicaciones en materia de debido proceso que expuse en la Sala del 18 de junio de 2020 en la cual se aprobó por la Sala Mayoritaria el asunto. Así las cosas, identificó como dos cuestiones preocupantes la extralimitación de la competencia funcional de la SA y improcedente práctica de pruebas en segunda instancia.

En segundo lugar me refiero a las condiciones en que se realizó la consulta efectuada a la sociedad civil y las dificultades para que pueda ser considerada como una instancia de participación real e incluyente tanto de la sociedad civil como de las víctimas.

En tercer lugar, me centro en las omisiones de la JEP en los siguientes puntos: (i) se precisa el contenido de la obligación de reconocer la existencia de crímenes internacionales y su trascendental función en la calificación jurídica propia de la JEP, de manera concreta en materia de sede de tipicidad; (ii) se profundiza sobre la configuración de los crímenes de guerra como crímenes internacionales y su aplicación por parte de la Sección de Apelación mayoritaria; (iii) se estudia la declaratoria de la calidad de persona protegida de un integrante de la policía nacional en el contexto colombiano realizada por la Sección de Apelación, y las implicaciones de la definición de presunciones para acreditar tal calidad; (iv) se aborda de manera específica el procedimiento de variación de la calificación realizado en el trámite de segunda instancia, a través de la discusión de los siguientes puntos: el tipo penal de homicidio en persona protegida como mecanismo de cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario, los límites que impone el principio de congruencia respecto de la variación de la calificación jurídica y la naturaleza de los principios de favorabilidad y especialidad y su aplicación por parte de la SA mayoritaria.

Finalmente, se plantea la solución que debió darse al caso teniendo en cuenta tres aspectos fundamentales: (i) el material probatorio no era suficiente para determinar la viabilidad de un beneficio definitivo, (ii) tal insuficiencia toma un cariz especial en el contexto de emergencia sanitaria generado por el coronavirus COVID-19 (iii) la ruta procesal que debió seguirse cuando hay alegación de inocencia por parte del compareciente en aras de garantizar el principio de congruencia.

TABLA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

AV	Aclaración de voto.
AFP	Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.
AL	Acto Legislativo.
AL01/17	Acto Legislativo 01 de 2017.
Art.	Artículo
AT	Artículo transitorio
Arts.	Artículos
Art. 3 Común	Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra.
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CN	Constitución Política de Colombia
CANI	Conflicto Armado No Internacional.
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CC	Corte Constitucional
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPI/ICC	Corte Penal Internacional.
CSJ	Corte Suprema de Justicia.
DADD	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
Dec.	Decreto.
Dec. Ley	Decreto Ley.
DDHH	Derechos Humanos.
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
DIH	Derecho Internacional Humanitario /Derecho Humanitario Internacional
DPI	Derecho Internacional Penal.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
EC	Elementos de los Crímenes
ER	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –Ejército del Pueblo.
FFPP	Fuerza Pública.
FGN	Fiscalía General de la Nación.
	GRANCE
Ibíd.	ibídem. Inc. inciso.
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz.
JPO	Jurisdicción Penal Ordinaria.
JT	Justicia Transicional.
L1820/2016	Ley 1820 de 2016.
L1922/18	Ley 1922 de 2018.
LEJEP	Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la JEP.
MP	Magistrada/magistrado ponente.
NNUU/UNN	Naciones Unidas/ United Nations.
OC	Opinión Consultiva.
OHCHR	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
PA I	Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra
PA II	Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra
Pág.	Página.
Párr.	Párrafo.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
SCP	Sala de Casación Penal.
SA	Sección de Apelación de la Jurisdicción Especial para la Paz.
SAAD	Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa de la JEP.
SAI	Sala de Amnistía e Indulto.
SE-JEP	Secretaría Ejecutiva de la JEP.
SIVJRNR	Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantía de no Repetición.
SRVR	Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas
SV	Salvamento de voto.
TP	Tribunal para la Paz.
TPIY/ICTY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
UIA	Unidad de Análisis e Investigación de la JEP.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sección de Apelación, dejo consignados los argumentos por los cuales debo salvar mi voto respecto de la decisión adoptada mediante la Sentencia TP SA-AM 168 de 2020.

Planteamiento

1. En la providencia respecto de la cual salvo el voto, Sentencia TP SA-AM 168 de 2020, la Sección decidió confirmar parcialmente la Resolución SAI-AOI-D-ASM-051-2019 del 23 de julio de 2019, proferida por la SAI de la Jurisdicción Especial para la Paz, mediante la cual esa Sala de Justicia negó la amnistía al señor Luis Alberto GUZMÁN DÍAZ por considerar que el delito de homicidio agravado cometido en contra del señor Néstor Jairo Bohórquez Páez -miembro de la Policía Nacional- por el cual fue condenado el señor GUZMÁN, constituía un crimen de guerra. Considero que la SA, además de exceder su competencia, delimitada por los cargos en contra de la decisión apelada que se contraen a señalar que el caso no alcanzaba el nivel de gravedad exigido por un crimen de guerra, pasó por alto una situación que ella misma reconoce y que indudablemente supone un vicio de nulidad, como es que el *a quo* adoptara una decisión sin contar con un mínimo de pruebas, lo que pretendió conjurarse por la Sección mayoritaria decretando pruebas en segunda instancia en un trámite desarrollado de forma tal que sólo ha profundizado las lesiones al debido proceso.

2. Pero además de ello, en un acto que encuentro violatorio del derecho aplicable, incluyendo dentro de él, pero no limitándose al agravio a las garantías constitucionales y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), la Sección mayoritaria hizo una "*variación de la calificación jurídica*", desatendiendo a las exigencias técnicas que emergen del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y del Derecho Internacional Penal (DPI) aplicables. Con todo ello, un recurso presentado por la Defensora del procesado para acceder a la amnistía de su prohijado judicial, culminó con la declaratoria como criminal de guerra por la mayoría de la Sección de Apelación.

3. En la decisión objeto de este voto disidente, la SA mayoritaria varió la calificación jurídica de la conducta realizada en la Jurisdicción Penal Ordinaria (JPO), de homicidio agravado a homicidio en persona protegida, al considerar que "*el homicidio en persona protegida es un tipo penal más adecuado que el de homicidio agravado, a pesar de que los dos puedan constituir crímenes de guerra, por cuanto el primero recoge los elementos relevantes de la conducta, a saber: un acto cometido en relación y con ocasión del conflicto armado no internacional y en contra de una persona protegida por el DIH.*"[1] Sustentó dicho cambio, básicamente en que la calificación de homicidio en persona protegida era más acorde con el derecho internacional humanitario por las siguientes razones: *(i)* "*el acto se cometió con ocasión y en desarrollo del conflicto armado de carácter no internacional*"[2]; *(ii)* "*la víctima era una persona protegida por el derecho internacional humanitario, por su condición de persona*

[1] Párrafo 66 de la Sentencia TP-SA AM 168 de 2020.
[2] Párrafo 92 de la Sentencia TP-SA AM 168 de 2020.

civil, dado que no se demostró que estuviere tomando parte directa en las hostilidades o que fuera integrante de una unidad que hubiese sido incorporada de iure o de facto a las fuerzas militares."[3]

4. A continuación, expresaré las razones que sustentan el disenso, las cuales abordan aspectos cruciales del procedimiento adelantado por la Sección de Apelación para arribar a la Sentencia AM 168 así como precisiones técnicas que son de la mayor relevancia para la labor a cargo del a JEP (**a**) tal como lo indicó el Ministerio Público en el concepto presentado el 29 de abril de 2020, la competencia funcional de la SA se encontraba circunscrita al cargo endilgado por la defensa, por lo que pruebas recaudadas en segunda instancia y la consulta adelantada, rebasaron los límites competenciales del *ad quem*; **(b)** para variar la calificación en los términos desarrollados, la Sección mayoritaria confundió el instituto de la amnistía de facto denegándola, implicando que la misma tenía lugar en relación con la persona (derecho penal de autor) y no con la conducta cometida, lo que además obligaba a verificar los hechos, ahora en relación con los factores de competencia de la JEP; (**c**) la mayoría de la Sección confundió el reconocimiento de un crimen internacional con la utilización de un tipo penal nacional que utiliza términos del derecho humanitario internacional. Es cuando menos insólito, que la SA considere que, contrayéndose a **reformular** la calificación jurídica en términos de derecho nacional, logre acatar las exigencias internacionales relativas a los derechos de las víctimas; (**d**) para proceder a dicha variación de la calificación jurídica, la SA vulneró la *no reformatio in pejus*. Este salvamento se ocupará en determinar mis desacuerdos fundamentales con la decisión, así como de establecer la solución al caso que debió tener lugar, pero ello exige hacer un acotación inicial al camino que está transitando la JEP, para concluir una cuestión basal para quien pretenda administrar justicia en un estado social de derecho: la necesidad de realizar el Estado ético para arribar a la no repetición y consolidación de una paz estable y duradera.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

EL DEBIDO PROCESO: DEL ESTADO ÉTICO COMO MITO, A LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS COMO CAMINO DE NO REPETICIÓN

5. Jellinek encuentra que el Estado constituye un mínimo ético que, como es coherente con su visión liberal, se presenta en términos cercanos al imperativo categórico kantiano[4]. En efecto, la exhibición del Estado como ético está en la raíz de la configuración del derecho, pero la estructura sociopolítica no es externa a lo que Bourdieu denomina el proceso de apropiación hacia la "*monopolización de lo universal*"[5], lo que podría entrañar transformaciones desde lo cultural y lo social hacia lo jurídico, que conllevarían la **imposición de *variaciones éticas***. En contravía, mi postura, expresada en múltiples votos disidentes, es que sin la *realización de los derechos humanos*

[3] Ibidem.
[4] Jellinek, Georg. (2004). *Teoría General del Estado*. (2a Reimp. en Castellano) México DF.: Fondo de Cultura Económica, pág. 224.
[5] Bordieu, Pierre. (2012). "Las dos caras del Estado" (no publicado por el autor), *Le Monde Diplomatique*, No. 151.

no es posible calificar un sistema estatal de administración de justicia como propio de un estado social de derecho, incluso si se denomina dicho sistema como de justicia transicional[6].

6. Dentro de todos los escenarios atinentes a la *justicia transicional,* **acceder al que ha sido impuesto constitucionalmente**, es decir, a uno que constituya una verdadera estrategia para la reconciliación[7], de superación del conflicto armado, así como para garantizar los derechos de las víctimas y *fortalecer el Estado de Derecho*[8], exige abordar el segmento que puede corresponder al derecho en la construcción de una paz estable y duradera, **bajo una observancia ética que permita la no repetición**. No en vano la jurisprudencia constitucional vincula la noción de justicia transicional con procesos de **profunda transformación social y política**[9].

7. Por ello encuentro que la realización de la dignidad humana es uno de los elementos que permitiría afirmar la deseada eticidad del Estado. Observancia que implicaría en este escenario de justicia transicional, cuestiones irreductibles como que procesados y víctimas nunca puedan ser interpretados como ***cosas*** **o como caminos supuestamente justificantes para determinados fines**. Ello, incluso desde la, para muchos, limitada eticidad kantiana[10], entraña considerar el ser humano como un valor intrínseco y como un fin en sí mismo. En ello ha consistido, también, mi desacuerdo con cuestiones que la Sección mayoritaria ha titulado como *el principio de estricta temporalidad*[11], la denegación del derecho de defensa técnica a quienes la JEP no reconoce aún como comparecientes e incluso respecto de comparecientes[12], así como la limitación

---

[6] Ver, entre otros, los siguientes votos disidentes de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano: SV a los Autos de la Sección TP-SA 277 y 289 de 2019 (Garantía de no extradición de Seuxis Paucías HERNÁNDEZ SOLARTE); a la Sentencia TP-SA 158 de 2020 (Fidel Ávila): AV al Auto TP-SA 514 de 2020 (Henry Antonio CEPEDA REYES) y al Auto TP-SA 078 de 2018 (Edgardo FIGUEROA RAMÍREZ).

[7] La Corte subraya que la "*reconciliación es un fin de los procesos de justicia transicional, la cual se aspira alcanzar, entre otras vías, a través de la instauración de mecanismos -de naturaleza transicional- que permitan la solución pacífica de los conflictos y que, por consiguiente,* ***disminuyan la probabilidad de que las divisiones sociales, los desacuerdos políticos o los odios tradicionales, se solucionen mediante mecanismos que constituyan expresión de violencia****"*. CC. Sentencia C-577/14, considerando 5.1. (negrilla fuera del texto original).

[8] CC. C-080/18, pág. 188. En la Sentencia C-577/14, la Corte encontró que la democratización social es parte esencial de la transición, con dos dimensiones en el caso colombiano: (i) la "*ampliación de la base democrática con la* ***inclusión*** *de todos aquellos que por causas del conflicto armado o del régimen que se intenta dejar atrás se encontraban por fuera*"; (ii) un proceso que también sirve "*a la reparación de los lazos sociales que se han visto rotos por el conflicto y las consecuentes violaciones de derechos humanos*". Considerando 5.1. Ver asimismo Sentencias C-370/06 y C-674/17.

[9] CC. C-577/14, considerando 5.1. En las sentencias C-379/19 y C-025/18, la Corte destaca que las medidas de transición a la paz tienen como objetivos principales la reconciliación, la eficacia de los derechos y el fortalecimiento del Estado participativo y democrático de derecho. Ver, asimismo las sentencias C-579/13 y C-052/12.

[10] Como alternativa a la *mismisidad,* que se instala en el yo, Lévinas propone un respeto de la alteridad, a través de "*pensar lo finito, lo trascendente*". Lévinas, Emmanuel. (1999). *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*. Salamanca: Sígueme, pág. 73.

[11] Ver, entre otros, SV Parcial de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto de la Sección TP-SA 556 de 2020 (Marcos MÉNDEZ BECERRA)

[12] En la Sentencia TP-SA-AM 148 de 2020 la SA mayoritaria determinó que las entrevistas en el trámite de beneficios transicionales y a sean provisionales o definitivos no requieren el "acompañamiento" de defensa técnica, la cual, según la decisión, **solo** es exigible en el proceso adversarial o punitivo, desconociendo así la permanencia y la intangibilidad de la defensa técnica.

de los derechos de las víctimas[13], la figura de la *conexidad contributiva*[14], la aplicación de tarifas probatorias a criterios determinadores de la libertad[15], entre otras cuestiones.

8. Entonces, el cometido ético que el Estado debe realizar y que la JEP no puede seguir aplazando en sus trámites, puede alcanzarse, desde mi perspectiva, desterrando cualquier pretensión de ***racionalidad instrumental*, en relación con las víctimas y con quienes son procesados ante la Jurisdicción Especial para la Paz** (JEP). La jurisprudencia constitucional confirmaría esta conclusión como se advierte de los fines de la justicia transicional: (a) solucionar las tensiones entre justicia y paz conforme a los imperativos jurídicos de satisfacción de derechos de las víctimas y la necesidad de lograr el cese de hostilidades[16]; (b) la terminación del conflicto armado, así como la construcción de una paz estable y duradera[17]; (c) "*garantizar en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas*", con garantías de no repetición[18]; y

9. (d) la reincorporación civil de los grupos guerrilleros desmovilizados[19].

10. Resulta realmente venturoso que tales objetivos permitan concretar las exigencias del Estado social de derecho, como lo advierte el tribunal constitucional, mediante la potencialización de los pilares constitucionales de paz, derechos humanos y acceso a la justicia. Encuentro que ello sería afortunado en tanto constituye la clave para que la JEP, como modelo de justicia transicional, pueda constituirse en un ejemplo para el mundo y no en un mecanismo para la aplicación de la denominada justicia de vencedores.

11. Eso implica apartarse de idearios como: la comprensión de que siendo el ser humano supuestamente *maligno*, exige su contención a cargo de un príncipe, del Estado o de determinada magistratura, como lo denunciara Oscar Correas[20]; a la visión, puesta de presente en relación con las graves violaciones de los derechos humanos, así como en la idea de la *construcción del enemigo*, tanto en las luchas fratricidas como en la imposición de esquemas de administración de justicia vindicativa propios de modelos schmittianos: "*Aquí existe un enemigo, incluso aunque hayan cesado las hostilidades abiertas y directas y las acciones bélicas*"[21].

12. Estas consideraciones tienen una particular incidencia en la resolución del caso de GUZMÁN DÍAZ. Lo anterior, porque de la lectura de la sentencia aprobada por la Sección de Apelación mayoritaria resulta muy difícil no concluir, de manera

[13] Ver, entre otros, SV Parcial de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano a la Sentencia de la Sección TP-SA AM 125 de 2020 (Gildardo VILLEGAS CEBALLOS)
[14] Ver, entre otros, SV Parcial de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto de la Sección TP-SA 543 de 2020 (Hermes José GONZÁLEZ HERNÁNDEZ)
[15] Ver, entre otros, SV Parcial de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto de la Sección TP-SA 534 de 2020 (Guillermo Javier CASTILLO CHAVES)
[16] CC. Sentencia C-577/14, considerando 5.2.
[17] CC. Sentencia C-080/18, pág. 192.
[18] CC. Sentencia C-080/18, pág.192.
[19] CC. Sentencia C-080/18, pág. 238.
[20] Correas, Oscar. (2006) "Los derechos humanos. Entre la historia y el mito". *Revista Crítica Jurídica* (25), pág. 275.
[21] Schmitt, Carl. (2009) *Cuatro Capítulos sobre la Doctrina de la soberanía. Teología política*. En F.J. Conde (Trad.). Edit. Trotta, pág. 131.

inquietante, que se ha tomado partido por imponer el desarrollo de ciertas innovaciones en la actividad judicial de la JEP, sobre los derechos de las víctimas y los procesados.

EL RECORRIDO PROCESAL DEL CASO DEL SEÑOR LUIS ALBERTO GUZMÁN DÍAZ EN LA JEP

13. El proceso adelantado en la JPO por los delitos de homicidio agravado y rebelión en contra del señor Luis Alberto GUZMÁN[22] fue remitido el 15 de mayo de 2018 a la JEP por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá con sede en Soacha, luego de conceder la amnistía de *iure* respecto del delito de rebelión y otorgar la *libertad condicionada*, previa suscripción del acta de compromiso. El otorgamiento de los citados beneficios transicionales se realizó de manera oficiosa mediante providencia del 2 de febrero de 2018, sin que mediara solicitud expresa del señor GUZMÁN, debido a que el Juzgado iba a pronunciarse sobre la solicitud de la *libertad condicional* y la revocatoria de la prisión domiciliaria.

14. La SAI avocó conocimiento de la amnistía el 22 de agosto de 2018[23] y comisionó a la UIA para que realizara una contextualización de la presencia de las FARC-EP en el municipio de Silvania (Cundinamarca) para el año 2003 y a partir de tal contexto se identificara el rango del señor GUZMÁN DÍAZ para la época en dicha organización guerrillera.

15. Posteriormente, el 27 de diciembre de 2018, a través de la providencia SAI-RT-ASM-138-2018 acreditó como víctima a la señora Irene López Alvarado, esposa de la víctima, señor Néstor Jairo Bohórquez Páez y determinó que no estaba facultada para ordenar el pago de los perjuicios morales reconocidos a su favor en la sentencia condenatoria en contra del compareciente obligatorio.

16. La SAI mediante resolución SAI-RT-ASM-110-2019, del 20 de marzo de 2019, concedió un nuevo término a la UIA para que remitiera el informe final sobre la comisión previamente ordenada y dispuso una nueva comisión para que estableciera las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos objeto del proceso judicial adelantado contra el compareciente. Para tal efecto solicitó a la UIA que realizara las actividades pertinentes y necesarias para cumplir con el objeto de la comisión, entre otras, las siguientes órdenes de trabajo:

> a. Realizar entrevista al señor Luis Alberto GUZMÁN DÍAZ para establecer las circunstancias de las conductas punibles por las cuales fue condenado en la justicia ordinaria. Para lo anterior, se solicita concertar con el despacho la realización de una reunión preparatoria para el alistamiento del cuestionario guía para las mencionadas entrevistas. Previo a la reunión preparatoria, se requiere realizar una inspección judicial

[22] En la condena remitida por la JPO también figuraba el señor Carlos Andrés Ruiz como autor, por lo que las primeras actuaciones en la JEP lo cobijaron hasta que se verificó que había fallecido.
[23] Mediante Resolución SAI-AAOI-ASM-007-2018 del 22 de agosto de 2018.

al expediente No. 2500-31-07-002-2004-0020-00 para obtener la información procesal para la realización de la entrevista en mención.

b. A través del Grupo de Análisis, Contextos y Estadísticas (GRANCE), realizar un análisis del contexto sobre las funciones militares de la Policía Nacional en el país entre los años 2000 y 2016. Para tal fin, se solicita al GRANCE verificar fuentes públicas y privadas para identificar (i) la existencia de grupos de la Policía Nacional con funciones militares permanentes; (ii) bajo cuáles circunstancias la Policía Nacional podía depender orgánicamente del Ejército Nacional, o (iii) en cuáles condiciones grupos de la Policía Nacional eran asignados específicamente para adelantar acciones militares de forma temporal. Asimismo, se solicita de manera específica establecer si la Policía Nacional tenía funciones militares en los municipios de Silvania y Tibacuy (Cundinamarca) en el año 2003[24].

17. En la misma providencia la SAI solicitó a la SE-JEP que designara un defensor adscrito al SAAD al compareciente, debido que el señor GUZMÁN no manifestó haber nombrado un defensor de confianza.

18. Mediante Resolución SAI-AOI-T-ASM-011-2019 del 7 de mayo de 2019, la Sala de Justicia amplió la comisión al fiscal de apoyo de la UIA incluyendo órdenes de trabajo relativas a la solicitud de la hoja de vida institucional de la víctima, el lugar exacto de asignación para el desarrollo de sus funciones y se estableciera si gozaba de permiso o licencia para el día 7 de enero de 2003. Así mismo determinó que se realizara entrevista al compareciente, a los comandantes que mencionara en su entrevista, así como "*Entrevistar al señor Luis Carlos Chaparro Uribe, alias "Arcesio", antiguo integrante del Frente 42 de las FARC-EP. Lo anterior, en atención a la recomendación realizada por el GRANCE en su análisis de contexto sobre el presente caso*"[25].

19. La SE-JEP designó a la abogada Yuli Ximena Ariza Serrano el 24 de mayo de 2019 como defensora[26] y el 30 de mayo de 2019, el señor GUZMÁN DÍAZ rindió entrevista ante la UIA[27]. Según la Resolución apelada el compareciente

> … manifestó que no participó en los hechos por los cuales fue procesado y condenado en la justicia ordinaria. Igualmente, manifestó que nunca había pertenecido a las FARC-EP. Durante la entrevista, el señor LUIS ALBERTO GUZMÁN entregó copia de dos CDs (sic), uno de los cuales no pudo ser revisado por el despacho sustanciador por estar dañado.

---

[24] Resolución SAI-RT-ASM-110-2019 del 20 de marzo de 2019.

[25] Según la mencionada providencia, el GRANCE de la UIA dio respuesta el 29 de marzo de 2019 al requerimiento efectuado en la Resolución del 22 de agosto de 2018. Para ello, a partir de la información contenida en el Tomo XX Génesis Frentes Bloque Oriental de la Dirección Nacional de Análisis y Contexto de la Fiscalía General de la Nación enlistó una serie de "acciones criminales y armadas más representativas cometidas por el Frente 42 de las FARC-EP entre los años 1991 y 2014" en la zona de actuación de dicho frente, en la cual se incluía el municipio de Silvania, lugar en que se produjo el homicidio del agente de policía Néstor Jairo Bohórquez Páez. En esa misma oportunidad, señaló: "Sin embargo, como uno de los objetivos del análisis de contexto, es orientar la búsqueda de elementos materiales probatorios, entonces se recomienda que entrevisten al señor Luis Carlos Chaparro Uribe, alias Arcesio, otrora integrante del Frente 42 de las FARC-EP, quien se postuló a la Ley 975 de 2005, y que en aras de sus compromisos con la verdad, podría ayudar a dilucidar cuáles fueron los verdaderos roles desempeñados por los señores LUIS ALBERTO GUZMAN y CARLOS ANDRÉS RUIZ, en esta estructura guerrillera."

[26] Información extraída de oficio del 3 julio de 2019 firmado por la SE-JEP, Radicado No. 20193400193933.

[27] Esta entrevista no pudo ser consultada en la rotación de expediente que solicité, en vista de que reposaba en el expediente físico y por ende no era posible acceder a las instalaciones de la JEP por la crisis sanitaria generada por el coronavirus COVID-19, a este punto volveré más adelante.

> En el otro CD, obra un testimonio rendido por un presunto miembro de las FARC-EP el 23 de septiembre de 2011 ante la Fiscalía General de la Nación, al parecer en un trámite de Justicia y Paz. En dicho interrogatorio el presunto integrante de las FARC-EP aceptó su participación en los hechos por los cuales fue condenado el señor LUIS ALBERTO y manifestó que el señor GUZMÁN DÍAZ no participó en los hechos por los cuales fue condenado.

20. La UIA el 10 de junio de 2019 presentó informe parcial respecto del cumplimiento de la comisión ordenada mediante providencia del 7 de mayo de 2019. Como parte del informe adjuntó: copia de la entrevista efectuada al compareciente el 30 de mayo de 2019 y los dos CD entregados en la diligencia por compareciente; copia de la hoja de vida institucional de la víctima. No se adjuntó informe final del GRANCE sobre *funciones militares de la Policía Nacional*, ni la entrevista al señor Luis Carlos Chaparro.

21. El 4 de julio de 2019, la UIA presentó informe final, incluida la respuesta del GRANCE *sobre las funciones militares de la Policía Nacional*. El fiscal de la UIA afirmó que no consideró necesario practicar la entrevista al señor Chaparro pues el compareciente negaba cualquier vínculo con las FARC-EP. El GRANCE refirió que, tras consulta al proceso judicial adelantado en la JPO, logró establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar de la retención y homicidio del agente de policía, señor Néstor Jairo Bohórquez Páez ocurrida el 7 de enero de 2003 cuando se trasladaba en un colectivo de servicio público en la vía que de Silvania conduce a Tibacuy. También señaló en el apartado b) del informe denominado "*la zona gris del ejercicio de funciones militares o de orden público de la Policía Nacional*", lo siguiente: "*Así, la conformación de la denominada Fuerza Pública, a pesar de la distinción que se realiza de los cuerpos que las conforman (Fuerzas Militares y Policía Nacional), el contexto de violencia y las estrategias en la guerra interna, han propiciado que esta división sea difusa, por lo que, si bien, normativamente la Policía Nacional no ejerce funciones militares por la naturaleza, las dinámicas del conflicto armado, la violencia generada y las necesidades de defensa de orden constitucional, han hecho que este cuerpo permanente civil armado se vea inmerso en acciones militares con tal propósito*."[28]

22. La SAI, a través de la Resolución SAI-AOI-T-ASM-049-2019 del 4 de julio de 2019, declaró cerrado el trámite de amnistía y corrió traslado por cinco días hábiles a los intervinientes y sujetos procesales. Dentro del término se recibieron tres intervenciones. Por una parte, el representante de la víctima acreditada el trámite, señora Irene López Alvarado, señaló que no debía concederse amnistía debido a que no cumplió con la obligación fijada en la sentencia condenatoria del 14 de octubre de 2005 y porque se configura un criterio de exclusión en los términos del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016[29]. La Defensora consideró que se cumplen los requisitos exigidos por la normatividad transicional para la concesión del beneficio de amnistía, a saber: (i) los hechos se encuentran en el ámbito temporal, al tener lugar el 7 de enero de 2003; (ii) el ámbito personal está satisfecho en virtud de la sentencia condenatoria de la JPO, en la cual se declaró la pertenencia a las FARC-EP del compareciente y (iii) la conducta se

[28] Página 4 Informe del GRANCE, funciones militares de la Policía Nacional en los municipios de Silvania y Tibacuy (Cund.).
[29] Memorial radicado el 31 de octubre de 2019. Radicado 20191510546352.Tibacuy

enmarca en el ámbito material de competencia debido a que en la JPO se condenó al compareciente por el delito de rebelión[30]. A su turno, el Ministerio Público indicó que:

> … en el caso en concreto, se hace evidente que el policía BOHORQUEZ PAEZ fue bajado de un bus, capturado por la parte contraria -los miembros del frente 42 de las FARC- y posteriormente asesinado aun cuando se encontraba fuera de combate. La víctima se encontraba desarmada, y no realizó ningún acto hostil, por lo cual no perdió en ningún momento la protección que se consagra en el artículo 3 común. En este orden de ideas, considera este delegado que existió una infracción a las normas de derecho internacional humanitario, por lo que se descarta que el delito pueda enmarcarse en el inciso primero del artículo 23 de la Ley 1820 que señala como amnistiables algunos homicidios compatibles con el DIH como las muertes en combate. En el concepto del Ministerio Público, el homicidio se enmarca en una infracción clara del DIH, que es la protección que gozan los combatientes[31] en el momento en que son capturados por el enemigo, cuando no puedan defenderse o esté rendidos. **En este orden de ideas, aun cuando no se configure un crimen de guerra, la infracción al DIH, de acuerdo con una lectura sistemática de la normativa que rige la Jurisdicción Especial para la Paz, genera en el Estado una obligación de investigar y sancionar, razón por la cual el homicidio agravado por el cual fue condenado el señor GUZMÁN DÍAZ no puede ser amnistiado por la Sala de Amnistía e Indulto**. En este sentido, considera el Ministerio Público que la Sala de Amnistía e Indulto debe remitir el caso a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas para que sea valorado si tuvo o no participación determinante y se decida si posteriormente, puede ser enviado a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas con el fin de que le sea resuelta su situación jurídica[32]. (negrillas fuera del texto original)

23. Adicionalmente, el Procurador Delegado con funciones de Coordinación para la Intervención Judicial ante la JEP (E) refirió dos cuestiones respecto de las cuales era fundamental un pronunciamiento de la SAI, derivadas de la afirmación sobre su inocencia, efectuada por el compareciente en la entrevista. **La primera es aclarar si las Salas pueden otorgar amnistías a personas que desde el comienzo afirman no tener conocimiento de los hechos que se les imputa por lo que no podrían cumplir con el régimen de condicionalidad, especialmente en el componente de verdad a las víctimas**. El segundo es sobre el camino procesal adecuado que debía darse al caso y específicamente cuando el compareciente indagó sobre la posibilidad de remisión la Sección de Revisión, considerando el carácter rogado de la acción de revisión ante la JEP.

24. La SAI, mediante la Resolución SAI-AOI-D-ASM-051-2019 del 23 de julio de 2019, negó la amnistía al señor GUZMÁN DÍAZ por la conducta de homicidio agravado

---

[30] Alegatos de conclusión de fecha 16 de julio de 2019. Radicado 20191510305992

[31] Al respecto, en el concepto se señala que "*a juicio de este delegado, considerando los distintos documentos y elementos que reposan en el expediente que dan contexto sobre los hechos criminales que relacionan a la policía, se podría pensar que en esta zona del país, la Policía Nacional tenía labores de contrainsurgencia y participaba en acciones de naturaleza militar. Esto se hace evidente teniendo en cuenta los distintos ataques y tomas a los comandos y las estaciones de policía, que constituyeron una práctica común para la época y convirtieron a la Policía Nacional en un blanco continuo de ataques, obligándolos a desplegar acciones de defensa tanto de la institución misma como de la población civil. Algunos ejemplos de esto fueron la emboscada a 20 policías mediante carro bomba en San Juan de Rioseco, el ataque de 150 guerrilleros con cilindros bomba y ráfagas de fusil a la estación de policía en Pulí, Cundinamarca, o el ataque con cilindros de gas y granadas a la estación de policía y sede del Banco Cafetero en Arbeláez Cundinamarca, hechos que se enmarcan en la temporalidad que concierne este caso y en la zona de los hechos. Adicionalmente, atendiendo a la caracterización de la forma delictiva del frente 42, que hizo la Unidad de Investigación y Acusación en el informe solicitado por la Sala, se puede afirmar que la comisión de secuestros extorsivos y ataques a las estaciones de policía fueron comunes en la época.*"

[32] Concepto del Ministerio Público de fecha 16 de julio de 2019.

por la cual fue condenado en la JPO. Para el *a quo*, la conducta, al configurar un crimen de guerra, no podía ser objeto de amnistía según lo establecido en el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016. Para arribar a esa conclusión, la SAI determinó que "*pese a que la UIA no realizó todas las entrevistas ordenadas por el despacho sustanciador, a partir de toda la información disponible, es totalmente claro para la Sala que la víctima mortal de los hechos, en su condición de civil*[33]*, estaba protegido por el DIH. En virtud del principio de distinción la guerrilla de las FARC-EP tenía prohibido causarle, como lo hizo, la muerte a dicha persona. Por tal razón, los hechos por los cuales fue condenado el señor GUZMÁN DÍAZ constituyeron una infracción al DIH*".

25. La Subsala consideró que los sucesos que tuvieron lugar en este caso son de gravedad equivalente a un crimen de guerra y en consecuencia, remitió el caso a la SRVR. También señaló que carecía de competencia para revisar la decisión adoptada en la JPO y solicitó a la defensa del señor GUZMÁN que le brinde asesoría jurídica sobre la posibilidad de presentar una acción de revisión ante la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz de la JEP. Asimismo, reiteró su falta de competencia para pronunciarse sobre el pago de los perjuicios morales ordenados en la justicia ordinaria, lo anterior en relación con el memorial presentado por el representante de la víctima acreditada en el caso, señora Irene López.

26. En contra de la Resolución SAI-AOI-D-ASM-051-2019 del 23 de julio de 2019, la Defensa interpuso recurso de apelación[34]. En el recurso se plantea que no se recaudaron las pruebas suficientes para efectos de determinar, con certeza, que los hechos objeto estudio "*son de gravedad equivalente a un crimen de guerra*". En particular, la defensa técnica reprochó que no se hubiese practicado la prueba ordenada por la SAI mediante providencia SAI-AOI-T-ASM-011-2019 del 7 de mayo de 2019, que consistía en: "*Entrevistar al señor LUIS CARLOS CHAPARRO URIBE, alias "Arcesio", antiguo integrante del Frente 42 de las FARC-EP. Lo anterior, en atención a la recomendación realizada por el GRANCE en su análisis del contexto sobre el presente caso*".

27. El recurso fue repartido el 1 de noviembre de 2019 al despacho sustanciador de la Sección de Apelación, el cual profirió dos autos. Mediante el primero[35] ordenó oficiar a la Dirección General de la Policía Nacional para que informara sobre:

> a. las funciones que desarrollaba el personal de la Estación de Policía de Arbeláez en el año 2003
> b. las funciones específicas que desarrollaba el sargento de la Policía Nacional Néstor Jairo Bohórquez Páez y si formaba parte de una compañía especializada de la Policía Nacional en la zona de Silvania.

---

[33] En los párrafos 118 y 119 de la decisión de la SAI se lee: "*118. Si bien esta Sala ha reconocido que algunos miembros de la Policía Nacional podrían llegar a ser considerados combatientes o participar directamente en las hostilidades, en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esto es excepcional y no significa que todos los miembros de dicha institución pierdan su protección como civiles. 119. En el presente caso, a partir de toda la información disponible, es posible concluir que, para el momento de los hechos, el señor Néstor Jairo Bohórquez Paéz no participaban (sic) directamente en las hostilidades y no estaba desempeñando labores con dichas hostilidades. Por el contrario, la víctima no estaba ejerciendo ninguna función relacionada con su cargo, sino que estaba sin uniforme, en un bus de transporte público, con destino a visitar a su familia en el municipio de Tibacuy (Cundinamarca)*".

[34] Recurso de apelación de fecha 18 de septiembre de 2019. Radicado 20191510451672.

[35] Auto AP-TP-SA-ECM-033 del 16 de enero de 2020.

28. A través del segundo auto[36], el despacho sustanciador invitó a un conjunto de organizaciones para que emitieran concepto jurídico sobre las siguientes cuestiones:

> a) ¿Cuál es el estado del derecho internacional actual en cuanto al sentido y alcance del concepto de crímenes de guerra? ¿Cómo se regulan los crímenes de guerra a nivel doméstico? ¿Es toda infracción al derecho humanitario un crimen de guerra, tanto en conflictos armados internacionales y no internacionales? Se deberá precisar el desarrollo del derecho consuetudinario y de la jurisprudencia nacional e internacional sobre la materia. b) ¿Cuál es el estado del derecho internacional en cuanto a la posibilidad de amnistiar infracciones e infracciones graves al derecho internacional humanitario? Se deberá precisar la diferencia entre los dos tipos de infracciones y cómo lo ha abordado la jurisprudencia internacional. c) ¿Cuál es el estado del derecho internacional en cuanto al tratamiento de las fuerzas de policía en los conflictos armados no internacionales? Se deberá dar respuesta al estatus de los cuerpos de policía en los conflictos armados no internacionales y si se pueden considerar como personas protegidas y bajo cuáles circunstancias.

29. El despacho sustanciador de la SA presentó el primer proyecto de decisión en la Sala de la SA del 10 de junio de 2020, período en el cual se encontraba en vigencia el Acuerdo del Órgano de Gobierno de la JEP Nº 014 del 13 de abril de 2020, asunto sobre el que retornaré al final de este voto disidente[37].

I- DE LAS EXTRALIMITACIONES DE LA SECCIÓN DE APELACIÓN EN LA PRESENTE DECISIÓN

LA EXTRALIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL DE LA SA: DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN RELACIÓN CON EL PROCESO PENAL TRANSICIONAL EN GENERAL Y EL TRÁMITE DE LAS APELACIONES EN PARTICULAR

30. Como observé en las consideraciones preliminares, uno de los pilares del Estado Derecho es el derecho fundamental al debido proceso, el cual guarda estricta relación con el principio de dignidad humana. Tal derecho adquiere su eficacia de conformidad con los procedimientos y garantías establecidos en el derecho aplicable. En particular, los procedimientos sancionatorios se encuentran especialmente guiados por el respeto de la dignidad y los derechos y garantías de las personas procesadas. "[Y] *para lograrlo, se imponen restricciones en las fases procesales asegurando su eficacia, para que de esa manera ninguno de los partícipes sea instrumentalizado por la acción estatal*"[38].

31. En ese sentido, uno de los mecanismos nucleares de protección a los derechos humanos dentro del proceso, es el derecho al *debido proceso*. La Corte Constitucional ha

---

[36] En el expediente hay constancia de la notificación al compareciente y a su defensora de los dos Autos mencionados, ni hay referencia a que se haya dado traslado de la información recibida para efectos de su pronunciamiento respectivo.
[37] Infra: *Situación de pandemia y respeto por los derechos humanos*.
[38] CSJ. SCP. AP2399-2017. Rad. 48965.

puntualizado que, a través de él se busca la protección de un individuo que se encuentra sometido a los rigores, entre otros, de un procesamiento. Y de manera general, es el resultado de una regulación de carácter jurídico a través de la cual se adelanta la protección de los derechos de las personas para que los diligenciamientos que llevan a cabo las autoridades judiciales y administrativas, **no estén sometidos a sus caprichos**. Lo anterior implica el sometimiento de procedimientos previamente establecidos y la observancia de garantías sustanciales y de procedimiento que han sido previstas en la Constitución y la ley, e intensamente resaltadas en el bloque de constitucionalidad[39].

32. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, reitera que las salvaguardas integradoras del debido proceso son de obligatorio cumplimiento para los Estados sin importar cuál es el órgano que ejerce la función jurisdiccional[40]. En virtud de este derecho, el Estado constitucionalmente debe garantizar, entre otras cuestiones: i) el acceso a **procesos justos y adecuados**; ii) el **principio de legalidad y la guarda de las formas previamente establecidas**; y iii) los **principios de contradicción e imparcialidad**[41].

33. Estas exigencias coinciden con lo establecido en la jurisprudencia constitucional que enmarca el central papel del debido proceso, señalando que su vulneración constituye un medio para la vulneración de otros derechos fundamentales. Subraya el tribunal constitucional que resulta particularmente grave el desconocimiento del sistema de garantías constitucionales como de los derechos de defensa, contradicción, doble instancia, así como el desconocimiento del principio de favorabilidad o del principio de *non reformatio in pejus*, entre otros[42].

34. Sobre los principios orientadores del procedimiento ante la JEP, el Acto Legislativo 1 de 2017 y la Ley 1922 de 2018, establecen que las normas procesales "*deberán garantizar los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad, **debido proceso**, **contradicción**, **derecho a la defensa**, presunción de inocencia, favorabilidad, libertad de escoger abogado acreditado para ejercer en cualquier país, **participación de la víctimas como intervinientes según los estándares nacionales e internacionales** y los parámetros establecidos en el Acuerdo Final y **doble instancia en el marco de un modelo adversarial***"[43] (negrita fuera del texto original). Asimismo, el

---

[39] La *Declaración Universal de Derechos Humanos*, al definir el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, sienta las bases para el cumplimiento de los compromisos internacionales sobre la protección al debido proceso por parte de los Estados firmantes. Tales compromisos se profundizan en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Art. 14) que, reconoce la igualdad de las personas ante los órganos de justicia, y el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con las garantías del caso por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley. A nivel interamericano, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* refrenda la obligación de respetar las "*garantías judiciales*", conjunto de derechos y principios que deben guiar las instancias procesales.

[40] "*[…] cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana*". Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, párr. 209; *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, párr. 30; *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*, párr. 71.

[41] Sentencias C-331 de 2012, T-543 de 2017, T-007 de 2019.

[42] CC. Sentencias T-393 de 2017, T-455/16, T-291/06, entre otras.

[43] AL 01 de 2017, artículo transitorio 12, inciso 1 y Ley 1922 de 2018, artículo 1, inciso 2.

parágrafo del artículo transitorio 12 del Acto Legislativo 01 de 2017, establece como principios que deben ser garantizados por las normas de la JEP: el condicionamiento del tratamiento penal especial a la garantía de los derechos de las víctimas; la centralidad de las víctimas; la integralidad; **el debido proceso; la no regresividad en el reconocimiento de derechos**, así como los enfoques diferenciales.

35. Las determinaciones en materia de procedimiento que ocupen a la SA, y en general a la JEP, deben contemplar adecuadamente tales principios, lo cual implica, en especial, que ninguno de ellos resulte vaciado. De manera específica, el principio de congruencia en materia del trámite de las apelaciones al interior de la JEP encuentra en el artículo 14[44] de la Ley 1922 de 2018 una disposición cuya claridad no da cabida a interpretaciones alternativas, en cuanto a los límites de la competencia del *ad quem*, el cual está circunscrita por los cargos presentados en el respectivo recurso. Tal situación fue reiterada a la Sección de Apelación por el Ministerio Público, que si bien obvió que el cargo de la apoderada apuntaba a cuestionar la prueba de elemento de gravedad, la cuestión que inicia cualquier debate sobre un crimen internacional de conformidad con el ER de la CPI para efectos de la declaratoria del crimen de guerra, sí dejó en claro la restricción que tiene la SA en razón de su competencia derivada de los cargos de de la apelación[45].

36. Buena parte del llamado del Ministerio Público a la SA tiene respaldo tanto en el DIDH como el Derecho nacional, los cuales recogen la trascendencia del principio de congruencia o de coherencia. La Corte IDH, se ha pronunciado sobre la relación del principio con el derecho de defensa y el debido proceso, a partir del artículo 8.2 de la CADH, determinando cómo su vulneración podría conllevar la invalidez de la decisión final del proceso en cuyo contexto fue adoptada la providencia en cuestión[46]. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia encuentra que el principio de congruencia o de coherencia, constituye una "*base esencial del debido proceso*"[47], y que es

---

[44] "*Trámite del recurso de apelación. El recurso podrá ser interpuesto por el sujeto procesal o interviniente a quien le fuera desfavorable la decisión. El recurso de apelación contra la decisión que se emita en desarrollo de una audiencia o diligencia deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de ser pronunciada. Cuando se trate de providencia escrita, deberá interponerse en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado, salvo disposición en contrario. Si se trata de resoluciones de fondo, vencido el término anterior, el recurso podrá ser sustentado oralmente en forma inmediata o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes. Cuando se trate de sentencias la sustentación será por escrito dentro de los diez (10) días siguientes. Se dará traslado a los no recurrentes en la misma audiencia o diligencia para que se pronuncien sobre la sustentación del recurso, si la resolución apelada fue emitida de manera oral. Si la resolución impugnada fue escrita, el traslado a los no recurrentes será común por cinco (5) días, luego de vencido el término de ejecutoria y sustentado el recurso por el apelante. La sustentación deberá limitarse a señalar los aspectos que impugna de la providencia y los argumentos de hecho, de derecho y probatorios en que fundamenta su disenso. Si el apelante sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, la Sala o Sección de primera instancia lo concederá de inmediato y señalará el efecto; en caso contrario, lo declarará desierto***. La Sección de Apelación, con fundamento en el recurso interpuesto, decidirá únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante****. Recibida la actuación, dispondrá de treinta (30) días para su decisión cuando se trate de resoluciones, y de sesenta días (60) días cuando sean sentencias. La decisión del recurso de apelación se proferirá por escrito. La Sección de Apelaciones podrá decidir si realiza una audiencia de sustentación"* (Negrilla fuera del texto).

[45] Concepto del 29 de abril de 2020 radicado por la Procuradora Delegada con funciones de Coordinación de Intervención para la Jurisdicción Especial para la Paz ante la SA.

[46] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C Nº 206, párr. 28; *Caso García Prieto y otro vs. El Salvador.* Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2008. Serie C Nº 2008; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 65-68; *Caso Almonacid Arellano y otros.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C Nº 154, párr. 48.

[47] CSJ. SCP. Sentencia de 9 de junio de 2004, MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Radicado 20134.

exigible a lo largo de toda la actuación[48]. La Corte Constitucional resalta que la congruencia constituye un principio estructural del procedimiento penal con independencia del esquema adjetivo en que este se inscriba[49].

37. En efecto, dicho principio guarda estrecha relación con los derechos fundamentales a la defensa[50], al debido proceso y la seguridad jurídica de quienes acceden a la administración de justicia, y procura la adopción de decisiones judiciales acordes a los hechos, pretensiones y pruebas practicadas en el proceso, de modo que al momento de fallar, quien administra justicia se abstenga de pronunciarse más allá de lo pedido, por fuera de lo acreditado o sobre aquello que nunca se solicitó[51]. Así las cosas, el principio de congruencia de las providencias judiciales debe atender a una estructura lógica de relación entre la parte motiva y la parte resolutiva, así como entre lo pedido, lo demostrado y lo decidido, cuidando en todo caso, quien administra justicia, que exista una coincidencia entre todos los aspectos antes enunciados. Quieren significar las anteriores consideraciones, que la estructura de las providencias debe guardar armonía entre la solicitud que ocupa a la judicatura -para esta SA, el recurso de apelación-, la parte motiva y la resolutiva, de modo que dicha correspondencia refleje los aspectos efectivamente debatidos, demostrados y resueltos en el proceso, y así, pueda producir la fuerza vinculante cuyos argumentos permiten orientar sucesivas decisiones semejantes y a la vez se respeten los derechos humanos.

38. Resulta entonces de importancia el principio de congruencia en relación con el recurso de apelación. Si se entiende el derecho a recurrir como un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso para que sean corregidos los errores de las y los administradores de justicia, sólo es predicable en tanto su impulso como en relación con las determinaciones que se adopten y sus efectos, respecto de los sujetos procesales[52].

39. En el presente asunto, la SA mayoritaria, para responder al planteamiento del Ministerio Público afirmó que, de la lectura del recurso podía extraerse "*la necesidad de dilucidar los siguientes puntos: i) cuál es el elemento de gravedad presente en los crímenes de*

---

[48] CSJ. SCP. Providencia SP14151-2016 de 5 de octubre de 2016, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa, Rad. 45647; Providencia de 8 de julio de 2009, MP. Julio Enrique Socha Salamanca, Rad. 31280. Lo antes dicho coincide con lo señalado por el legislador en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), que sobre el principio en comento, señala: "Art. 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley"

[49] CC., Sentencia T-1067 de 2012, MP. Alexei Julio Estrada.

[50] En este sentido, el tribunal constitucional ha advertido que "*no se trata de una simple directriz, llamada a dotar de una mayor racionalidad y coherencia al trámite procesal en sus diversas etapas, sino de una garantía judicial esencial para el procesado*". Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2010, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[51] Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: "*(…) El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso. Esto, además, garantiza el derecho a la defensa de las partes, puesto durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados. // (…) La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia 'como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, "en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó'. Además ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurara un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso*". Corte Constitucional, Sentencia T-455 de 2016, MP. Alejandro Linares Cantillo

[52] Devis Echandía, Hernando (1996) C*ompendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso.* Tomo I. Bogotá: Editorial ABC

guerra; ii) si el homicidio de un miembro de la policía nacional puede considerarse como un crimen de guerra, y iii) si la ausencia de un mayor acopio probatorio impide que se diluciden los puntos i) y ii)." Y concluyó con la siguiente afirmación:

> De cualquier manera, la SA tiene la función de servir de instancia de cierre y de unificar la doctrina en materia del derecho transicional. En ejercicio de esa función, en diversas ocasiones la Sección ha incorporado elementos para el análisis que, si bien su recaudo no fue solicitado expresamente en el recurso de apelación, sí se presentan como necesarios para orientar el trabajo de las diferentes Salas y Secciones –mediante la fijación de elementos doctrinales–, para *(i) avanzar en los criterios de interpretación en asuntos novedosos; (ii) unificar el entendimiento o la aplicación del derecho transicional; y (iii) definir de manera expedita referentes hermenéuticos claros*. En consecuencia, la SA no le halla razón al cuestionamiento de la delegada del Ministerio Público a la competencia funcional para decidir sobre los puntos objetos de los conceptos solicitados y, por tanto, pasará a ocuparse de resolver los problemas jurídicos planteados.

40. Así, se observa que la Sección mayoritaria no solo optó por desnaturalizar el recurso, atribuyéndole un alcance que no se desprende del mismo, a través de la modificación de la imputación jurídica de la JPO, ademas, como se tratará más adelante, afectó también el interés jurídico del apelante único, límite máximo del recurso de apelación, sino que fundamentó dicha extralimitación en una supuesta titularidad de un poder omnímodo derivado de su condición de "instancia de cierre" de la JEP.

EXTRALIMITACIÓN DE LA SA MAYORITARIA AL PROCEDER AL RECAUDO DE PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA[53]

41. De conformidad con la Constitución Política, uno de los principios que orientan la JEP, es el debido proceso y la seguridad jurídica como presupuestos de una paz estable y duradera[54]. De esta manera, las determinaciones que adopte la Sección de Apelación y en general la JEP, deben reflejar una consideración adecuada de tales principios, la cual implica en especial, que ninguno de ellos resulte vaciado.

> Es decir, que hay ciertos asuntos sobre los cuales sólo se pueden pronunciar los tribunales, lo que resulta decisivo respecto del tipo de decisiones que toman los jueces al ejercer el derecho punitivo, pues en tales casos, como bien lo ha dicho la Corte Constitucional, el juez no sólo debe operar como instrumento de defensa y garantía de los derechos de la víctima del delito y de la sociedad mayoritaria, sino también de los derechos del delincuente[55].

42. Si se comprende el proceso como una actividad dinámica que se desarrolla a partir de actos que buscan realizar el valor esencial de la justicia[56], los diversos momentos procesales tienen límites formales y materiales. Estos residen en la

[53] Ver, entre otros, SV de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano a los Autos TP-SA 068 de 2018 y TP-SA 277 y 289 de 2019, donde plasmo mi preocupación sobre la posibilidad de que se practiquen pruebas en segunda instancia en la JEP.
[54] AL 01/17, AT 5, inciso 1,AT 12, incisos 1 y 6, y parágrafo. Ver también, Ley 1922 de 2018, artículo 1, inciso 2.
[55] Corte Constitucional, Sentencia C-342 de 2017. MP. Alberto Rojas Ríos.
[56] Véscovi, Enrique. (1984). *Teoría General del Proceso*, pág. 283.

Constitución y la Ley, luego entonces, comprenden la garantía de los derechos de los sujetos procesales y de los intervinientes especiales, como lo advierte la Corte Constitucional. De ahí que resulte lógico que, la normativa de la forma de justicia restaurativa que constituye la JEP, exija la aplicación estricta del debido proceso y de las garantías procesales, lo que también implica la garantía de la impugnación. Estas exigencias, como ha reconocido la Corte Constitucional, se vinculan con el cumplimiento del bloque de constitucionalidad[57].

43. Desde la perspectiva general de víctimas y procesados, la garantía de impugnación se inscribe en sus derechos a un debido proceso y a la defensa, en clara conexión con el derecho a la dignidad humana, que como bien ha resaltado la Corte Constitucional, implica la "*existencia del derecho a ser sujeto del proceso y no simplemente objeto del mismo*"[58]. Entonces, la vigencia de esta garantía de impugnación implica la eliminación de obstáculos que impidan ejercerla adecuadamente, como también ha sido resaltado por la jurisprudencia interamericana[59].

44. Si admitimos que este tipo de decisiones suponen una de las formas de ejercer el poder punitivo pues implica la determinación de un camino a seguir respecto de la condena de una persona, tendremos que mantener las restricciones propias del derecho penal a efectos de no poner en vilo la materialización del debido proceso. No puede olvidarse que en los modelos de justicia punitiva una de las partes, el Estado, se encuentra en un estatus de superioridad frente al ciudadano, pues cuenta con su aparato represivo, respecto del cual la persona ejerce su defensa. Bajo ese supuesto, no pueden aplicarse en principio, normas de derecho privado, como las que se encuentran en el Código General del Proceso, las cuales están creadas para contiendas en donde se tienen a las dos partes como iguales y, por lo tanto, pueden hacer concesiones en

---

[57] En particular con normas como el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; y el artículo 8.2.h de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, entre otras normas que definen obligaciones internacionales del Estado colombiano, en materia de Derechos Humanos. En relación con la jurisprudencia y otra normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicables, ver, entre otros, párrafos 339 ss. (recursos de las víctimas), párrafos 916 ss. (recursos de comparecientes y víctimas), nota al pie 283 (recursos a favor de víctimas y procesados) de la Sentencia C-007 de 2018, MP. Diana Fajardo Rivera.

[58] Corte Constitucional, Sentencia C-412 de 1993, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

[59] Desde la sentencia de fondo del caso Velásquez Rodríguez, la Corte IDH ha señalado: "*los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben* ***ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal*** *(artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1* [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]*)*". Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988. Fondo. Serie C Nº 4, párr. 91 y párr. 172, negritas fuera del texto original. En tanto deber de los Estados, la diligencia debida surge de la obligación de garantía del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("CADH") y está vinculada a los deberes de prevención y garantía, así como al debido proceso. Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C Nº 166, párr. 128; *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C Nº 163. párr. 145; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C Nº 149, párr. 147; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C Nº 146, párr. 167; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Nº 140, párr. 142; *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C Nº 100, párr. 100; *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C Nº 99, párr. 184.

garantías como la segunda instancia, bajo los supuestos que consagra el artículo 327 de ese cuerpo normativo.[60]

45. A partir de estas reflexiones es que considero contrario a la garantía de la doble instancia que el *ad quem,* amparándose en la posibilidad de decretar pruebas de oficio y en el autoreferencial principio de estricta temporalidad, sume hechos nuevos a través de evidencia que no tiene carácter sobreviviente, los cuales no fueron objeto de análisis en primera instancia, convirtiendo el trámite de apelación en un proceso sumario, que cercena además la garantía de contradicción de la prueba.

III- ENTRE LA EXTRALIMITACIÓN Y LA OMISIÓN: SOBRE LA CONSULTA HECHA A LA SOCIEDAD CIVIL Y A EXPERTOS ACADÉMICOS POR EL DESPACHO SUSTANCIADOR

46. El despacho sustanciador[61], para arribar a la decisión respecto de la cual salvo el voto, y ante l*a complejidad de los asuntos a resolver,* invitó a *organizaciones de la sociedad civil y a personas expertas*, para qué brindaran sus conceptos *para enriquecer el debate* sobre los temas principales bajo estudio.

47. Como lo manifesté en mi Salvamento Parcial de Voto a la Senit 01[62], considero que este tipo de convocatorias deben desarrollarse de acuerdo con criterios que permitan que la trascendente intervención de la sociedad civil en los procesos de

[60] A propósito de los reparos respecto de la práctica de pruebas en segunda instancia véase salvamento de voto de la magistrada Sandra Gamboa Rubiano a lo Autos TP-SA 277 y 289 de 2019, parrs 187 y ss. "(...) *estos argumentos no son válidos constitucionalmente para restringir la doble instancia respecto de providencias que incorporan pruebas. Ello por las siguientes razones: (i) en el trámite de la GNE se debe garantizar el derecho a presentar y solicitar pruebas, el cual es un derecho de carácter fundamental autónomo, reconocido además en el PIDCP y en la CADH; (ii) la decisión final sobre la GNE se adopta con fundamento en pruebas que se practican durante el trámite de la GNE y precisamente los recursos respecto de las providencias que las llegarsen a negar o dispusieran su recaudo permite corregir errores en que puede incurrir la primera instancia y propiciar la adopción de providencias finales más acertadas. Lo contrario en mi criterio sí iría en contra de la economía procesal, es decir, retrotraer un proceso que ya llegó a su etapa definitiva a un momento anterior; y (iii) las consecuencias de la no aplicación de la GNE impactan, sin lugar a duda, los derechos de los solicitantes, lo que exigiría la apelabilidad de las decisiones relativas al recaudo probatorio.// 185. El derecho a la prueba se reconoce de manera expresa en la redacción del artículo 29 de la Constitución, -cuya impronta se mantiene a pesar de que no se enuncie en una providencia judicial-, en donde se dispone que la persona que se enfrenta a un proceso tiene "derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra". Esta cláusula, como materialización de los derechos humanos, debe interpretarse de la forma más amplia posible, no siendo propio de un tratamiento judicial democrático que se limite su ejercicio a través de una interpretación restrictiva. //186. La Corte Constitucional reconoce que del texto constitucional se derivan ciertas consecuencias y principios entre los que se cuenta "el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos ... [y] el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso"219 (negrillas fuera del texto), aspectos que obligan tanto al legislador a la hora de ejercer su potestad de configuración legislativa de regular los procesos, como al juez al momento de interpretar las normas adjetivas*

[61] Mediante Auto TP-SA-ECM-034 del 16 de enero de 2020 se procedió a invitar a las organizaciones listadas y se suspendieron los términos de la actuación procesal por un período de 60 días hábiles.

[62] Salvamento de Voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano a la Sentencia TP-SA-SENIT 1 de 2019.

Justicia Transicional[63] sea realmente incluyente y efectiva[64]. Ahora bien, en relación con casos en los que la SA debe administrar justicia, la exigencia de tales pautas cobra una dimensión especial de cara a la implicación de las garantías del debido proceso del compareciente y las víctimas, así como a la existencia de un listado de juristas extranjeros que actúan como *amicus curiae* ante la JEP.

48. Así las cosas, luego de analizar el procedimiento de consulta adelantado por la SA en el trámite de apelación de la Resolución de la SAI que denegó la amnistía al señor Guzmán surgen, al menos, tres cuestiones que considero oportuno destacar: *(i)* la necesidad de contar con criterios previos, acordados por el pleno de la Sección, que establezcan la procedencia de tal intervención, de manera preferente a cargo de los juristas extranjeros seleccionados por el Comité de Escogencia; *(ii)* la intervención debe reunir las condiciones para una completa participación de organizaciones de la sociedad civil, incluyendo las de víctimas, en consonancia con los enfoques diferenciales que está llamada a resguardar la JEP; y (*iii*) en todos los casos en que se produce la intervención de terceros en el trámite de beneficios provisionales debe garantizarse la debida notificación a la defensa, los comparecientes y las víctimas, así como la posibilidad de que presenten sus consideraciones al respecto.

49. La definición de criterios objetivos al interior de la Sección para efectos de determinar en qué casos procede este tipo de intervenciones evitaría, por un lado incurrir en tratamientos diferenciados injustificados por parte del órgano de cierre hermenéutico de la JEP, y por otro acudir a esta clase de consultas en eventos en los cuales el material probatorio recaudado en primera instancia sea deficiente. Así mismo, en esta instancia, también es relevante el establecimiento de un protocolo que permitiera que la Sección acudiera, de manera preferente a los juristas expertos seleccionados por el Comité de Escogencia, los cuales están revestidos por la

---

[63] Diversas resoluciones del Consejo de Seguridad de las NNUU hacen hincapié en la trascendencia del empoderamiento de las mujeres y las niñas a partir de su intervención en todos los niveles de adopción de decisiones en relación con todo tipo de instituciones y mecanismos nacionales, regionales e internacionales tanto para prevenir como para dar gestión y solucionar conflictos, como un asunto trascendente para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. NNUU, Consejo de Seguridad, Documentos S/RES/2122 (2013); S/RES/2106 (2013); S/RES/1960 (2010); S/RES/1889 (2009); S/RES/1888 (2009); S/RES/1820 (2008); S/RES/1325 (2000). Se reconoce la importancia de la participación de la sociedad civil en los procesos de JT en la construcción de la verdad histórica mediante sus informes, así como en la edificación y cuestionamiento de políticas públicas, la denuncia de violaciones a los derechos humanos y al DIH, la realización de la justicia, la evidencia de casos constitutivos de cosa juzgada fraudulenta, etc. Fundación para el Debido Proceso Legal. (2010) *Las víctimas y la justicia transicional. ¿Están cumpliendo los Estados Latinoamericanos con los estándares internacionales?*. Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal. Desde una perspectiva más amplia a la JT, las investigadoras Michel y Sikkink destacan la importancia de la participación de los actores sociales, si bien reconocen que dicha posibilidad ha tenido una importancia significativa gracias al procesamiento en lógica de responsabilidad penal individual en los procesos nacionales latinoamericanos. Michel, Verónica y Kathryn Sikkink (2013). "Human Rights Prosecutions and the Participation Rights of Victims in Latin America", *Law and Society Review*, vol. 47, núm. 4, pp. 873-907. Por su parte, Uprimny Yepes señala que la participación activa de la sociedad civil en general y de las víctimas particular, es un elemento que dota de legitimidad democrática a los modelos de JT que pueden denominarse de transiciones democráticamente legitimadas. Uprimny Yepes, Rodrigo. (2005). *Justicia transicional en perspectiva comparada: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano*, Corporación Dejusticia. En la misma vía, ASF-C, destaca: "*No obstante, el gran desafío de los procesos transicionales es que estas declaraciones formales tengan una aplicación práctica y material en la vida de las víctimas. En este sentido, las herramientas o mecanismos que se contemplen en la implementación del Acuerdo de Paz deben ser consecuentes con el enfoque y la lógica que anima al mismo. Lo anterior con el fin de que las víctimas puedan reconocer, en su entorno inmediato y realidad cotidiana, transformaciones que les permitan reconstruir su tejido social y proyectos de vida sobre la base del reconocimiento de su dignidad, lo más pronto posible. En otras palabras, que puedan sentir que el proceso de paz efectivamente se materializó en su territorio, en su comunidad y en su vida*". (negrita del texto original). Avocats Sans Frontieres- Canadá. (2018). *Informe sobre criterios de selección y priorización en la investigación y judicialización en contextos de Justicia Transicional.* pág. 29. (Subrayas fuera del texto)

[64] Impunity Watch, Victim Participation in Transitional Justice Mechanisms: Real Power or Empty Ritual? (2014),

legitimidad de dicha elección y los cuales deben ejercer su función de "ilustrar el juicio de los operadores de justicia" sin afectar los principios de autonomía, independencia e imparcialidad que caracteriza a la labor judicial a cargo de la JEP[65].

50. En cuanto a las condiciones para una completa participación de las organizaciones de víctimas, sociedad civil, incluyendo las de víctimas, en consonancia con los enfoques diferenciales que está llamada a resguardar la JEP, es relevante indicar que no se observa en la convocatoria efectuada por el despacho sustanciador la invitación a ninguna organización de víctimas, de mujeres ni menos aún de mujeres víctimas y únicamente se contempla la vinculación a una organización de derechos humanos[66]. Es así como se privilegió la voz de instituciones académicas, la cual sin duda es importante, pero al mismo no se dio cabida a la participación de múltiples organizaciones, las cuales desde los enfoques diferenciales -que supuestamente deben estar en el corazón de las actividades de la JEP- han venido trabajando durante años sobre los temas debatidos en la Sentencia respecto de la cual Salvo mi voto. De este modo, cuestiones abordadas en la providencia, tales como la determinación de una calificación jurídica que "tenga en cuenta los derechos de las víctimas" o la referencia a la violencia sexual como un crimen de guerra *per se*[67], podría haberse *nutrido* efectivamente no solamente desde los conceptos de selectas unidades académicas, sino también desde la rica experiencia organizativa y de reclamación de derechos de víctimas, de mujeres, de indígenas, afrocolombianos, entre otros, la cual no puede ser desconocida sino que más debe constituir la base de la justicia transicional en nuestro país.

51. El tercer aspecto que estimo de la mayor trascendencia consiste en las implicaciones que en materia del debido proceso puede tener este tipo de intervención. En ese sentido, es relevante mencionar que la Regla 103[68] de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional dispone que los sujetos procesales tendrán la

---

[65] Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, Punto 5.4.11, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[66] En mi SV a la Sentencia TP-SA SENIT 1 de 2019 señalé: 21. En esta Senit, como en otras decisiones, la SA mayoritaria# se considera autorizada "*como órgano de cierre del Tribunal en estas materias*", a proponer conclusiones sobre aspectos importantes , sin reconocer que dentro de la JEP hay manifestaciones diversas, las cuales pueden expresar la voz de las organizaciones de mujeres y las mujeres víctimas desde su experiencia concreta del contexto colombiano y de los contextos territoriales, así como de los impactos diferenciados. 22. No propiciar la participación de las organizaciones de mujeres y de sus procesos organizativos, tejidos en muchos casos alrededor de la defensa de sus derechos, constituye por ello un ejercicio interpretativo y de aplicación del derecho -y dentro de este, del entendimiento del carácter de órgano de cierre del Tribunal para la Paz- **alejado de la búsqueda de mecanismos dirigidos a dar su lugar central al derecho a la participación de las víctimas y en especial del derecho a la participación de las mujeres víctimas en el CA#**. 23. Sobre la necesidad de no desestimar una consideración genuina del derecho a la participación de las víctimas y del **carácter reforzado del mismo en el caso de las mujeres**, expreso mi disenso en tanto estimo que tal omisión en este caso, mina también el principio de integralidad del Sistema#. Una de sus manifestaciones, es relativa a la responsabilidad de todos y cada uno de los órganos de la JEP, y con mayor razón de la SA, de considerar el impacto de sus decisiones, en el sentido de que las interpretaciones y aplicaciones del marco normativo, deben dar cuenta de la exigencia de implicar desde ya, al menos, el derecho de satisfacción y garantías de no repetición#. En este sentido, la inclusión efectiva de las mujeres en los procesos de justicia transicional aportaría en sí mismo al derecho y garantía aludidos y la concreción del principio de integralidad mencionado. (Negrilla fuera del texto)

[67] En el subtítulo "Los elementos generales de contexto de los crímenes de guerra en la CPI" me referiré a este punto.

[68] "*Regla 103 Amicus curiae y otras formas de presentar observaciones 1. La Sala, si lo considera conveniente para una determinación adecuada de la causa, podrá en cualquier etapa del procedimiento invitar o autorizar a un Estado, a una organización o a una persona a que presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala considere procedente. 2. El Fiscal y la defensa tendrán la oportunidad de responder a las observaciones formuladas de conformidad con la subregla 1. 3. La observación escrita que se presente de conformidad con la subregla 1 será depositada en poder del Secretario, que dará copias al Fiscal y a la defensa. La Sala fijará los plazos aplicables a la presentación de esas observaciones*."

oportunidad de responder a las observaciones formuladas por los *amicus curiae*. En esa misma línea, es indispensable que se garantice el traslado de los conceptos a los sujetos e intervinientes procesales para que pueda ejercerse el derecho de contradicción y se elimine el "factor sorpresa" en los procesos adelantados ante la JEP, situación que sin lugar a dudas se presentó en esta ocasión, debido a que la defensa presentó un recurso de apelación alegando la práctica de una prueba efectivamente decretada para efectos de que se revocara la denegación de amnistía y en su lugar se encuentra con una decisión, sin recursos, en la cual se varía la calificación jurídica de la conducta. Al respecto, es apropiada la sencilla pero poderosa definición que la Corte Constitucional hiciera del debido proceso, derecho que no puede ser desconocido por la JEP aludiendo a la "estricta temporalidad" o al carácter transicional de la justicia que está llamada a impartir:

> Se trata de un juego limpio -que, en el fondo, tal es el debido proceso-que ninguna de las partes puede infringir y mucho menos el Estado a cuyo cargo está la guarda de la garantía. Hay oportunidades y mecanismos adecuados para enmendar errores. Su enmienda, así se juzgue de alta conveniencia, no puede tener lugar en cualquier momento y bajo cualquier condición que la norma superior no haya previsto. Porque lo que se juzga un interés general no puede sacarse avante por encima de la propia normatividad que lo consagra y delimita. Proceder de ese modo, sería subrogar la voluntad del funcionario a la Constitución y, por ende, destruir el Estado de Derecho en beneficio de intereses de ocasión, así se juzguen de la más alta estirpe.[69]

IV- LAS OMISIONES DE LA SECCIÓN DE APELACIÓN EN LA PRESENTE DECISIÓN

SOBRE EL CONTENIDO DE LA DEFENSA TÉCNICA: NO BASTA CON LA DESIGNACIÓN NOMINAL DE UNA DEFENSORA

52. Numerosos votos disidentes me han concitado la particular visión de la Sección de Apelación mayoritaria sobre el derecho de defensa técnica. Estos se refieren a cuestiones como la inmunidad por las declaraciones verbales y escritas realizadas de buena fe en sus alegaciones; las exigencias desde el DIDH relativas a que, abogadas y abogados deben poder asesorar y representar a sus clientes sin restricciones, influencias, presiones o injerencias indebidas de ningún tipo; a la defensa técnica como componente fundamental del debido proceso; la primacía de la defensa técnica sobre la material; su relación con el derecho a un debido proceso o con el principio de no discriminación; su importancia como mecanismo de interacción calificada con la administración de justicia y sus implicaciones en la superación de la racionalidad instrumental; su carácter intransigible que evita que sea sustituido con mecanismos como la pedagogía dirigida a los comparecientes; entre otras[70]. Posturas que he debido

[69] Corte Constitucional, Sentencia SU-327 de 1995, MP Carlos Gaviria.
[70] Véase de la magistrada Sandra Gamboa Rubiano: SV parcial a la Sentencia AM 125 de 2020; Auto 496 de 2020. SV a Auto 527 de 2020; Auto 519 de 2020;Auto 312 de 2019; Auto 308 de 2019; Auto 305 de 2019; Auto 302 de 2019; Auto 284 de 2019; Auto 274 de

resaltar en tanto la SA mayoritaria ha señalado básicamente que la defensa técnica en la JEP tiene desde una restricción que encuentro inconstitucional, hasta que debe ser, en el mejor de los casos, morigerada.

53. Esta restrictiva visión de la defensa técnica por la Sección de Apelación mayoritaria ha incidido tanto en el ejercicio de este fundamental derecho en la JEP, que ya resulta complejo entrar a aludir a la defensa técnica que también exige la constitución y el derecho internacional aplicable a la JEP: una defensa técnica que sea idónea y que cuente con el tiempo y los medios adecuados para proceder a su ejercicio. Este es uno de los primeros casos que me llevan a llamar la atención sobre la necesidad de contar con el tiempo y los medios adecuados para realizar este cometido fundamental.

54. En el discurrir procesal puede observarse cómo la casi nula importancia que la SA mayoritaria le otorga al derecho a la defensa técnica impacta en la vigencia del debido proceso del señor GUZMÁN. Así, se tiene que la defensora del SAAD fue designada luego de **casi siete meses de que se haya dado inicio al trámite en la JEP, por lo que no pudo pronunciarse sobre las tempranas decisiones probatorias, las cuales marcaron la línea del caso**.

55. En segundo lugar, se observa que la defensora fue nombrada el 24 de mayo y el 30 de mayo fue practicada la entrevista al compareciente, es decir solo contó con cuatro días hábiles para conocer el expediente, dialogar con su prohijado y preparar su estrategia de defensa. En tercer lugar, es claro que tanto el *a quo* como el *ad quem* colegiado no valoraron de manera juiciosa las afirmaciones y pruebas entregadas por el compareciente en su entrevista, debido a que hay referencia que el señor GUZMÁN entregó dos CD y solo pudo ser valorado uno porque el otro estaba dañado, situación que fue irrelevante para las dos instancias.

56. El derecho a la defensa es uno de los aspectos básicos del debido proceso[71], como medio que posibilita la realización de otros derechos y garantías. La legislación penal

---

2019; Auto 272 de 2019; Auto 266 de 2019; Auto 250 de 2019; Auto 225 de 2019; Auto 223 de 2019; Auto 211 de 2019; Auto 186 de 2019; Auto 138 de 2019; Auto 132 de 2019; Auto 136 de 2019; Auto 112 de 2019 Auto 95 de 2018; AV Sentencia 091 de 2019; Sentencia 054 de 2019, Sentencia 069 de 2019; Sentencia 043 de 2019; Auto 145 de 2019; Auto 128 de 2019.

[71] Uno de los mecanismos más efectivos de protección a los derechos fundamentales, dentro del proceso, lo constituye el derecho al *debido proceso*. La C ha puntualizado que, a través de él, se busca la protección de un individuo que se encuentra sometido a los rigores, entre otros, de un procesamiento penal o administrativo. Y de manera general es el resultado de una regulación de carácter jurídico a través de la cual se adelanta la protección de los derechos de las personas para que los diligenciamientos que llevan a cabo las autoridades judiciales –y administrativas—, no estén sometidos a sus caprichos. Lo anterior implica el sometimiento de procedimientos previamente establecidos y la guarda de garantías que han sido previstas en la Constitución# y la ley. En el mismo sentido, la DUDH, al definir en su artículo 10, el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, sienta las bases para el cumplimiento de los compromisos internacionales sobre la protección al debido proceso por parte de los Estados firmantes. Tales compromisos se profundizan en el PIDCP donde, en su artículo 14 se establece la igualdad de las personas ante los órganos de justicia, y el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con las garantías del caso por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley#. Las garantías de la defensa material y técnica, también se reconocen en los *Principios básicos sobre la función de los abogados* como **un derecho que se establece aún en situaciones de conflicto armado internacional y no internacional**. A nivel interamericano, la CADH, en su artículo 8°, consagra la obligación de respetar las "*garantías judiciales*", conjunto de derechos y principios que deben guiar las instancias procesales. La Corte IDH, ha considerado que estas garantías integradoras del debido proceso son de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados sin importar cuál es el órgano que ejerce la función jurisdiccional. (…) cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de

nacional cuenta con contenidos sobre dicho derecho, así el artículo 8 de la Ley 600 de 2000, al cual nos remitimos en atención a la expresa regulación del artículo 72 de la Ley 1922 de 2018, establece que, a través de todas las actuaciones se garantizará el derecho a la defensa, que deberá *"ser integral, ininterrumpida, técnica y material"*[72]. De manera específica es *real* o *material* ya que "no es garantía del derecho a la defensa la sola existencia nominal de un profesional del derecho"[73].

57. El sentido de que el derecho a la defensa responda efectivamente al objetivo de garantizar condiciones genuinas de debido proceso, no resulta ajeno a procedimientos que se sigan en el marco de un modelo de justicia transicional, por lo tanto es inaceptable el desdeño a este asunto por parte de la SA. Al respecto, el derecho de defensa técnica ha sido establecido como garantía irrenunciable en los Estatutos del TPIY (Art. 21, núm. 4, literal d) y del TPIR (Art. 20, núm. 4, literal d). Asimismo la jurisprudencia de dichos tribunales de justicia transicional, respalda el derecho de defensa tanto como conjunto de derechos subjetivos individuales que benefician a la persona procesada, como en su dimensión de realización de justicia material en todas las etapas del proceso[74]. Así, asegurar que quienes se sometan o sean puestos a disposición de la JEP cuenten con la garantía de acceso a la defensa técnica, corresponde a la consideración del principio de seguridad jurídica y del objetivo de que el accionar de la Jurisdicción Especial aporte a una paz estable y duradera.

LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA EXISTENCIA DE CRÍMENES INTERNACIONALES Y LA FUNCIÓN DE CALIFICACIÓN JURÍDICA PROPIA EN LA JEP

La obligación internacional de reconocer los crímenes internacionales

---

las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana[#]. En la Opinión Consultiva OC-16 de 1999, la Corte IDH estableció sobre la relación entre el derecho de Defensa Técnica y el principio de no discriminación la necesidad de asegurar "*la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial*", agregando: *"119. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los* ***factores de desigualdad real*** *de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.* ***Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas"***. (negrilla fuera del texto original).

[72] Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha sostenido: *"A partir de este principio, surge el derecho a la defensa técnica como garantía fundamental y presupuesto esencial de validez en la relación adversarial que a través del proceso penal se constituye, consistente en la prerrogativa que el imputado tiene de estar asistido permanentemente por un abogado que le asesore y represente, y que, en términos de equilibrio e idoneidad, pueda enfrentar el órgano represivo. // "Esta posibilidad de oposición y refutación de la pretensión punitiva del Estado debe ser real, continua y unitaria, características que se oponen a lo formal, lo temporal y lo soluble. No es, ni se trata, de llenar una exigencia de carácter normativo, sino de velar porque este derecho logre material y efectiva realización, obligación por cuyo cumplimiento debe propender el funcionario judicial encargado de la dirección del proceso".* CSJ. SCP. Sentencia del 22 de septiembre de 1998, Rad. 10771.

[73] CSJ. SCP. Radicado No. 48128, SP154-2017 de 18 de enero de 2017.

[74] Ver, entre otras decisiones del TPIY: Case Kordic & Cerkez, Appeals Chamber, Judgement of 17 December 2004, IT-95-14/2-A, párs. 175-177; Case Blaskic, Appeals Chamber, Judgement of 29 July 2004, IT-95-14-A, par. 208; Case Tadic, Appeals Chamber, Judgement of 15 July 1999, IT-94-1-A, párr. 43 - 52.

58. Bajo el DIH, los Estados tienen la obligación de procesar a los responsables de las graves infracciones al derecho humanitario[75], además el DPI hace la exigencia en relación con las conductas punibles que puedan constituir **crímenes internacionales[76]**. Tal procesamiento también es una demanda común del DIDH en relación con las graves violaciones a los derechos humanos así como al DPI, último caso en el cual es un aspecto del sistema jurídico internacional, como se ratifica, entre otros, en el Preámbulo del Estatuto de Roma de la CPI que, bajo esa égida, determina la competencia complementaria del tribunal internacional[77].

59. Los crímenes internacionales (*core crimes*) constituyen las violaciones más graves del derecho internacional[78] al estar dirigidas contra la comunidad internacional en su conjunto[79] y tienen lugar **en sede de responsabilidad penal internacional[80]**. Este es un asunto de central comprensión para entender buena parte de las razones, entre otras, de índole técnico, que me obligan a apartarme de la decisión adoptada por la Sección mayoritaria, pues la responsabilidad penal internacional se tramita de manera principal, como lo advertía Bassiouni, en el contexto del derecho penal internacional[81], sistema normativo a través del cual se atribuye responsabilidad penal individual con reconocimiento internacional por crímenes internacionales, es decir se trata de un escenario de punibilidad internacional autónoma[82].

60. El propio DIH en particular y el derecho internacional público en general, determinan obligaciones en doble sentido en relación con estos crímenes. Por una parte, la obligación de procesarlos en la jurisdicción nacional, reconociendo, su calidad de

---

[75] Artículos 1 y 3 Común a los Convenios de Ginebra.

[76] Encuentra la doctrina internacional que la referencia al derecho internacional de los conflictos armados en el contenido de los artículos 8(2)(b) y 8(2)(c), es evidencia de la necesaria interrelación de los crímenes de guerra en el ER y el DIH. Olásolo Alonso, Héctor. "Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional". *Revista Española de Derecho Militar*. Vol. 86, (Junio-Diciembre 2005) (pp. 107-152)

[77] Se señala en el preámbulo del ER: "*Recordando que es deber de todo estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*".

[78] E/CN.4/Sub.2/1993/10.

[79] Chinchón Álvarez, J. (2007). *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Madrid: Ediciones Parthenon. Schabas, W. (2007). *An Introduction to the International Criminal Court*. (3 ed.) New York: Cambridge University Press. Cryer, R. (2006). "International Criminal Law vs. State Sovereignty: Another Round?" *The European Journal of International Law.* Vol. 16, (5), 979-1000; *Update Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia since 1991*, Art. 1; *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, Art. 1.

[80] Cassese, Antonio. (2008). *International Criminal Law*. (2nd Ed.) New York: Oxford University Press.

[81] "*(…) el Derecho penal internacional constituye la rama del sistema jurídico internacional configuradora de una de las estrategias empleadas para alcanzar, respecto de ciertos intereses mundiales, el más alto grado de sujeción y conformidad a los objetivos mundiales de prevención del delito, protección de la comunidad y rehabilitación de los delincuentes. Intereses sociales de alcance mundial, resultado de una común experiencia a lo largo del tiempo y reflejo de la existencia de ciertos valores compartidos que la comunidad mundial considera necesitados de un esfuerzo colectivo de cooperación y de coerción para asegurar su protección. El objeto de las prescripciones normativas del Derecho penal internacional consiste, por tanto, en delimitar las conductas específicas que se consideran atentatorias de un interés social de trascendencia mundial dado, para cuya protección parece necesaria la aplicación a sus autores de sanciones penales; sanciones impuestas por los Estados miembros de la comunidad a través de actuaciones nacionales o internacionales, colectivas y de cooperación*". Bassiouni, M.C. (1982). "El Derecho penal internacional: Historia, objetivo y contenido". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. T 35, (1), 5-42.

[82] Bernales Ballesteros, E. (2006) "La globalización y la incidencia de los Derechos Humanos". En: E. Salmón (coord.) *Miradas que construyen perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos*. (189-229). Lima: Pontificia Universidad Católica Del Perú. Herencia Carrasco, Salvador. (2006). "Ecuador". En K. Ambos, E. Malarino y J. Woischnik (Edits.) *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. (237-294) Montevideo: Georg-August-Universitat Gottingen. Konrad Adenauer Stiftung. Galaín Palermo, P. (2006). "Uruguay". En K. Ambos, E. Malarino y J. Woischnik (Edits.) Dificultades... (401-447). Otero, J.M. (2000). "¿Más Derecho Penal?. El desarrollo actual del Derecho Penal Internacional". *Revista de Ciencias Jurídicas*. T. I, 485.

crímenes internacionales incluso tratándose de un CANI[83]. Por otra, la posibilidad de su conocimiento en el concierto internacional lo cual puede tener lugar a través de la aplicación del principio de jurisdicción universal[84], así como en sede de un tribunal de derecho penal internacional.

61. Pero, la categoría de crimen de guerra no se limita a una simple constatación de que determinada conducta trajo un resultado de muerte[85] y con menor razón cuando ello ha tenido lugar en el contexto de un CANI[86]. Tampoco permite considerar que el cumplimiento de la obligación de reconocer en el derecho nacional la existencia de crímenes internacionales, autorice a que quien administra justicia en un escenario cualquiera de justicia transicional, y con menor razón en la JEP, a realizar un ejercicio de selección cuasiarbitraria para edificar una particular fórmula de caracterización como crimen internacional señalando que la justicia transicional como género no está limitada por las garantías mínimas provenientes del derecho penal[87].

---

[83] Esta visión no ha sido automática en el ordenamiento internacional, que inicialmente concibió que los crímenes de guerra sólo podían tener lugar en el contexto de conflictos armados internacionales. No obstante, existe consenso en que su primera postulación se encuentra en la sentencia de segunda instancia del caso Tadic en el TPIY, y a partir de allí al art. 4 del Estatuto del TPIR, continuando hasta la entrada en vigor del ER de la CPI, donde expresamente se reconocen en referencia a los CANI. Ver, en relación con esta temática: Fernández de Gurmendi, Silvia. "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional y otros desarrollos relativos al derecho internacional humanitario". Valladares, Gabriel Pablo (comp.) (2003). *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*. Lecciones y Ensayos n.° 78, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, (pp. 391-413). Graditzky, Thomas. "La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional. *Revista Internacional de la Cruz Roja.* Nª 145, marzo de 1998, (31-61). Dugard, John. "Salvando la distancia entre los derechos humanos y el derecho humanitario: la sanción de los infractores". *Revista Internacional de la Cruz Roja No 147*, septiembre de 1998, pp. 483-49. ICTY. Prosecutor v. Dusko Tadic aka "Dule". *Decision on the Defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*. 2 October 1995. IT-94-1-AR72.

[84] La jurisdicción universal es una cuestión diferente a la aplicación de la cláusula *aut dedere aut iudicare*, -obligación de juzgar o extraditar-, esta última asunto propio de las relaciones *internacionales* de derecho penal nacional respecto de determinados delitos respecto de los cuales tiene lugar el trámite de extradición. Al respecto, ver, SV de la magistrada Sandra Gamboa Rubiano a los Autos de la SA TP-SA 277 del 30 de agosto y 289 del 13 de septiembre de 2019. Solicitante: Seuxis Paucías Hernández Solarte, párrs. 138 ss.

[85] Con elocuencia Olásolo señala: "*Muerte y destrucción son los efectos inevitables de la guerra y de las situaciones de combate. De ahí que la existencia de personas muertas o heridas o de propiedades destruidas no deba precipitarnos a la conclusión de que se ha producido algún tipo de crimen de guerra. Por el contrario, antes de llegar a esta conclusión* ***es necesario analizar cuidadosamente el comportamiento de la persona que causó la muerte, las heridas o los daños para determinar si su comportamiento se ajustó o no a las normas del derecho internacional humanitario (también llamado derecho internacional de los conflictos armados)***". Olásolo Alonso, Héctor. (20039. *Ataques contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*. Valencia: Cruz Roja Española- Tirant lo Blanc, pág. 31.

[86] Incluso la doctrina internacional encuentra que del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, así como del Protocolo Adicional II "no se prevé régimen alguno equiparable al de las infracciones graves consignadas en los Convenios de 1949 y completadas en el Protocolo I". Graditzky, Thomas. "La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional". *Revista Internacional de la Cruz Roja.* Nª 145, marzo de 1998, (31-61). No obstante, debe reconocerse, como lo ha hecho el CICR, que estos procesamientos se desarrollaban con anterioridad al ER, con fundamento en el derecho consuetudinario internacional a través de la jurisdicción universal y que se reiteró con el "Protocolo II enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales". Norma 151. "*Las personas que cometen crímenes de guerra son penalmente responsables de ellos*": "*La práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales*". Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise. (2007). *El Derecho internacional humanitario consuetudinario*. Vol. I: Normas. Buenos Aires: CICR.

[87] En la sentencia TP-SA-AM 168 de 2020 se insiste en tal interpretación que ha hecho carrera en la jurisprudencia de la Sección Mayoritaria al señalar en el párrafo 65 lo siguiente: "*En el derecho penal colombiano se reconoce el principio del favor rei, esto es, que, frente a dos interpretaciones posibles, y superada la aplicación del criterio de especialidad, siempre se prefiere la interpretación más favorable al procesado. Este es un principio que se deriva del principio in dubbio pro reo o pro inocenti, contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8-2, y emerge de la obligación del Estado de demostrar, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad de la persona. No es este el principio al cuál se hace referencia en el derecho transicional, dado que las fuentes son diversas y van más allá del derecho penal doméstico e internacional. Desde la perspectiva del derecho transicional, el principio de favorabilidad exige una ponderación entre el principio pro persona y el principio pro víctima, entendiendo que la centralidad de las víctimas en la jurisdicción para la paz exige adoptar la interpretación que mejor garantiza sus derechos. Esto obliga a atender al objeto de protección de la norma y adoptar la interpretación que mejor*

62. La obligación de reconocerlos implica admitir y contener cuestiones como que la sustitución de un tipo penal pueda ser un mecanismo para sustraer a un procesado de su responsabilidad internacional y con ello, acceder, o impedirle acceder, a medidas como el indulto o la amnistía[88]. El reconocimiento de un crimen internacional no se realiza haciendo un reemplazo de un tipo penal por otro que *suene mejor*[89] o porque utiliza una expresión técnica del derecho humanitario internacional, cuando, además, se procede a ello sin un acervo probatorio y jurídico suficiente como a mi juicio ha ocurrido en el caso particular.

La calificación jurídica propia en la JEP

63. Es decir, la función de calificación jurídica propia de la JEP debe acatar la normativa propia del DIDH, el DIH y el DPI, de modo que no se encuentre a mitad de camino de la vulneración del principio del *non bis in idem*, sino que permita evidenciar el cumplimiento del deber de reconocimiento de un crimen internacional, cuando el mismo haya tenido ocurrencia.

64. Como será desarrollado con mayor profundidad[90], el derecho internacional y la jurisprudencia colombiana imponen diques concurrentes para que no se vulnere la garantía de *ne bis in idem*, como que el procesamiento se dirija contra la misma persona sobre quien recayó un pronunciamiento final o en desarrollo, sin importar la calificación jurídica o la forma de responsabilidad (*eadem personae*), escenario en el cual debe tratarse del mismo hecho punible (*eadem re*). En ese sentido, en lo que se refiere a la calificación por la JEP de un hecho punible sancionado de conformidad con los cánones nacionales, debe diferenciarse el cumplimiento del mandato de reconocimiento en lógica de responsabilidad penal internacional, de un fenómeno donde simplemente se quiera ***sustituir*** la decisión adoptada en la JPO.

---

logre esa finalidad. De este modo, en el caso en estudio, es necesario tener en cuenta la necesidad prevalente de proteger los derechos de las víctimas frente a la recomendación del artículo 6(5) del PA-II de otorgar las máximas amnistías posibles."

[88] Desde la comprensión del art. 12.2 (a) (i) de las versiones existentes sobre un *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, se concibe la inexistencia de la cosa juzgada si en el caso nacional no se reconocía la existencia de un crimen internacional. En efecto, los artículos 17 y 20 del ER concuerdan con los contenidos del artículo 10 del Estatuto del TPIY y 9 del Estatuto del TPIR pero sin establecer de manera literal las exclusiones al *non bis in ídem* registradas en este último, como ocurre con la hipótesis de un procesamiento adelantado bajo la calificación de crimen común desconociendo que se trataba de un crimen internacional. Sin embargo, es lógico concluir que esta categoría es una de las hipótesis que emergen del artículo 20.3 (a), pues procesar unos hechos bajo la calificación de crimen común, constituyendo en realidad un crimen internacional, puede ser uno de los mecanismos utilizados en un caso donde se pretenda sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte. En dicho orden, el Estatuto del TPIY (art. 10), señalaba que no se configura el principio de *non bis in idem* si el tribunal nacional ha tratado como crímenes comunes lo que en realidad constituían graves infracciones al DIH.

[89] Recordemos que en el párrafo 66 de la providencia impugnada se señaló: "*Así, si un homicidio es cometido con ocasión y en relación con el conflicto y la víctima es una persona que no está tomando parte directa en las hostilidades o que no tiene función continua de combate, por ejemplo, no hay hesitación sobre el hecho de que se trata de un homicidio en persona protegida y, por tanto, no puede haber disputa entre interpretaciones, pues hay solo un posible horizonte hermenéutico. Esta variación supone acudir al tipo penal más adecuado a las necesidades del derecho transicional. No se limita a la calificación del acto como un crimen internacional, sino que si hay un tipo penal en el derecho doméstico que recoge de mejor manera la naturaleza de la conducta frente al derecho penal internacional, es a ese tipo especial al cual hay que acudir. Así, es claro para la SA que el homicidio en persona protegida es un tipo penal más adecuado que el de homicidio agravado, a pesar de que los dos puedan constituir crímenes de guerra, por cuanto el primero recoge los elementos relevantes de la conducta, a saber: un acto cometido en relación y con ocasión del conflicto armado no internacional y en contra de una persona protegida por el DIH*".

[90] Ver infra El principio de legalidad en lo que se refiere a los crímenes de guerra está condicionado por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

65. La realización de la obligación de reconocimiento de crímenes internacionales[91], no se limita a adoptar tratados internacionales concernientes a ellos[92], o atender a la prohibición de aplicar figuras como la prescripción o la amnistía, u otras cercanas a la "*obediencia a órdenes superiores*"[93], prohibidas desde el Derecho de Nuremberg. Exige al administrar justicia en los respectivos países cuando menos aplicando cinco cuestiones convergentes de índole general: (i) determinar cuidadosamente las circunstancias de realización del hecho punible para establecer la existencia de los elementos contextuales y específicos de los crímenes internacionales respectivos; (ii) verificar los mecanismos que evidencian o desmienten una relación entre el hecho punible específico y los correspondientes elementos de contexto; (iii) identificar las circunstancias particularizantes del caso que impidan que pueda ser confundido con otro crimen internacional e incluso con un crimen común; (iv) corroborar la fórmula de imputación respecto de la conducta para determinar su existencia jurídica como crimen internacional; y (v) realizar todo ello en el marco de un debido proceso.

66. Sobre el primer aspecto, la jurisprudencia constitucional señala la obligación de "*estudiar integralmente los hechos tal como se presentaron en el marco del conflicto armado*", y "*en el marco de la **debida diligencia***"[94]. El segundo punto se refiere, no solo a determinar si el hecho individual está vinculado con el CANI, sino a establecer cómo ha tenido lugar esa relación a fin de discernir sobre la existencia de los elementos contextuales del crimen internacional respectivo. Por su parte, las circunstancias particularizantes permitirán evidenciar si los hechos se determinan por los elementos materiales de contexto de un crimen de guerra o si al contrario, se trata de un ataque como línea de conducta con los rasgos de un crimen de lesa humanidad[95], e incluso si se encuentra

---

[91] Obligaciones que emergen, para algunos internacionalistas, de la dimensión internacional de los bienes jurídicos y su gravedad. Cassese, Antonio. (2008). *International Criminal Law*, (2nd Edit.).New York: Oxford University Press. Cassese, Antonio y Delmas-Marty, Mireille (Edit.). (2004). *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. (Horacio Pons, trad.) Bogotá: Edit. Norma.

[92] Corte IDH. (2012) *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. (Supervisión de cumplimiento de Sentencia). Resolución de 20 de junio de 2012; *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. (Supervisión de cumplimiento de Sentencia). Resolución de 1 de julio de 2011; *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. (Supervisión de cumplimiento de Sentencia). Resolución de 1 de julio de 2011; *Caso Gomes Lund* (*"Guerrilla Do Araguaia"*) *vs. Paraguay.* Sentencia del 24 de noviembre de 2010. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*).* Serie C Nº 219, párr. 287; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, Nº 215, párr. 237; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C Nº 215, párr. 225; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones). Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C Nº 213, párr. 220; *Caso Radilla Pacheco vs. México.* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C Nº 209, párr. 340; *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas). Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C Nº 274, párr. 271 y *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C Nº 52, entre otras.

[93] Bassiouni, M.C (1996). "International crimes: jus cogens and obligatio erga omnes". *Law & Contemporary Problems*. Vol. 59 (63-74) :62.

[94] CC. Sentencia C-080/18, considerando 4.1.5.3. Cómo se ha venido exponiendo y cómo se precisará en el acápite de suficiencia probatoria, durante el trámite de la amnistía en la JEP no se adelantaron las actuaciones mínimas para recabar el material suficiente para el estudio integral de los hechos.

[95] La CC ha señalado al respecto, con fundamento en la jurisprudencia del TPIY: "*Ahora bien, independientemente de la posible configuración del crimen de guerra de homicidio en persona civil o en persona fuera de combate, observa la Corte Constitucional que el acto material subyacente, v.g.* ***el de tomar la vida de una persona amparada por el principio de distinción, puede dar lugar a la configuración de otros tipos de delitos bajo el Derecho Internacional Humanitario****, entre los cuales se cuentan el genocidio y los crímenes de lesa humanidad de exterminio, persecución, ataques contra civiles o violencia contra la persona;* ***depende en cada caso del contexto en el cual se cometió el acto y de la presencia de las distintas condiciones específicas para la configuración de estas figuras delictivas****. Todas ellas comparten un núcleo común de elementos con la definición del delito de homicidio como crimen de guerra, a saber, "la muerte de la víctima que resulta de un acto u omisión del acusado, cometido con la intención de matar o de causar daño corporal serio, con el conocimiento*

frente a un delito común. La fórmula de imputación permitirá corroborar el aspecto subjetivo en cuanto al relacionamiento del hecho individual y los respectivos elementos de contexto según el crimen, y contribuirá a cumplir con el criterio democrático de culpabilidad. Finalmente, el desarrollo en el marco de un debido proceso es una exigencia que emerge del propio Acto Legislativo 01 de 2017[96] y la Ley 1957 de 2019[97], que además permitirá, entre otras cuestiones, la **oponibilidad nacional e internacional de la decisión respectiva**. Precisamente el reconocimiento de la gravedad intrínseca de los crímenes de guerra no solo justifica que puedan ser procesados nacional e internacionalmente, sino que, como se ha subrayado por la doctrina internacionalista, deben ser tramitados en obediencia a criterios propios del Estado de derecho[98]. De no cumplirse alguno de los anteriores elementos, la decisión de calificación jurídica propia entraña una vulneración del *non bis in ídem* e impedirá la realización de los fines del SIVJRNR. Este es precisamente el dictamen que desde mi juicio emerge sobre el fallo de la Sección de apelación mayoritaria.

67. Se empieza ya a despejar el camino y avizorar que **no es posible considerar que un tipo penal nacional se vincule "*de mejor forma*", en términos generales, con una *única* calificación de crimen internacional**, pues si bien esta debe ser reconocida en el orden nacional, ha emergido **de otro esquema normativo, y en lo que corresponde a los crímenes de guerra que deba reconocer la JEP, debe verificarse en relación con el Estatuto de Roma de la CPI**. Sobre este punto retornaré en el estudio de los elementos contextuales del crimen de guerra, pero desde ya advierto que la alusión a la normativa nacional se hace, en todo caso, como *delito*, siendo preciso, además, cuando ello tenga lugar, su reconocimiento como *crimen de guerra*[99].

68. De hecho, los crímenes internacionales se configuran a partir de múltiples acervos y tienen exigibilidad nacional e internacional, como los delitos desde el derecho

---

razonable de que probablemente causaría la muerte"". CC. Sentencia C-291/97, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, considerando 5.4.3 (La garantía fundamental de la prohibición del homicidio).

[96] "*Artículo transitorio 5. Jurisdicción Especial para la Paz. (…) La JEP al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal Colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI),* ***siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad"***. // "*Artículo transitorio 22°, Calificación jurídica de la conducta en la Jurisdicción Especial para la Paz. La Jurisdicción Especial para la Paz al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo,* ***calificación que se basará, con estricta sujeción al artículo 29 de la Constitución Política****, en el Código Penal colombiano vigente al momento de la comisión del hecho, en las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y de Derecho Internacional Humanitario (DIH). La JEP respetará las obligaciones internacionales de investigación, juzgamiento y sanción. Lo anterior, siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad. // En la valoración de la conducta de los miembros de la Fuerza Pública, también se tendrán en cuenta las reglas operacionales vigentes al momento de la comisión del hecho, siempre que no sean contrarias a la normatividad legal*". (negrilla fuera del texto original).

[97] "*Artículo 23. DERECHO APLICABLE. Para efectos del SIVJRNR, los marcos jurídicos de referencia incluyen principalmente el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) . Las secciones del Tribunal para a Paz, las Salas y la Unidad de Investigación y Acusación, al adoptar sus resoluciones o sentencias harán una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en las normas de la parte general y especial del Código Penal colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad . // La calificación resultante podrá ser diferente a la efectuada con anterioridad por las autoridades judiciales, disciplinarias o administrativas para la calificación de esas conductas,* ***por entenderse aplicable como marco jurídico de referencia el Derecho Internacional****. // Respecto del tratamiento a los miembros de la Fuerza Pública, se aplicarán las disposiciones contenidas en el capítulo VII del Título transitorio creado mediante el acto legislativo 01 de 2017*".

[98] Scalia, Damien. (2008). "A few thoughts on guaranties inherent to the rule of law as applied to sanctions and the prosecution and punishment of war crimes". *International Review of the Red Cross*. Vol. 90 Number 870 June 2008.

[99] Henckaerts y Doswald-Beck. (2007)..., pág. 625

penal nacional, los crímenes de guerra desde el DPI vinculado con el DIH hasta los crímenes de lesa humanidad que pueden estar relacionados con el DIDH y el DPI. Esta no es una situación insular en relación con la JEP, debe destacarse, *v.gr.*, la aplicación del *corpus iuris* interamericano que el tribunal de San José realiza en procura de la no repetición, ampliando la base normativa interamericana para comprender otros instrumentos que igualmente protegen a las víctimas como el PIDCP dentro del DIDH y el DIH. Este último aspecto se resalta en el reconocimiento de las "*nociones básicas de humanidad para regir la conducta de los Estados*"[100], por lo que ya se ha evidenciado en la doctrina internacional, la contribución del sistema interamericano de protección de derechos humanos al desarrollo del DPI y del DIH[101].

69. De modo que, como ocurre en el caso concreto, ingresar al SIVJRNR, en virtud de la concesión oficiosa de beneficios transicionales por la JPO, respecto de una condena por el punible de homicidio agravado, solicitando que se provea la revisión de una sentencia que se acusa de injusta y que en su lugar, el caso sea dirigido como un mecanismo para expresar la existencia de un crimen internacional sin que ello se hubiera debatido fáctica, jurídica y probatoriamente con la suficiencia que exige el Estado de derecho[102], es decir, sin la aplicación de los cinco linderos a los que he aludido, podría constituir una contradicción al cumplimiento de los fines del SIVJRNR.

70. La labor de determinar la calidad de crimen internacional, debe realizarse por la Jurisdicción de conformidad con las condiciones que se le han impuesto constitucionalmente[103], esto es, considerando, "*entre otras fuentes, el Derecho Penal Internacional*", normativa que "***tiene aplicación directa en la JEP*** *para efectos de la calificación jurídica de la conducta*"(negrillas fuera del texto original)[104] y reconociendo que el derecho aplicable implica, como es lógico, el DIDH y el DPI. De esta última cuestión, a su vez, se derivan otras dos: (i) la **posibilidad** de aplicar, para la calificación jurídica propia, normas de índole penal propias del derecho internacional; y (ii) la **imposibilidad** de calificar en contravención, entre otros, de los derechos humanos internacionalmente reconocidos[105], como lo recuerda el tribunal constitucional y emana de las exigencias reconocidas relativas a la vigencia permanente del DIDH en un estado social de derecho y la aplicación del DIH en CANI de las características del colombiano[106]. De hecho, la OACNUDH resalta: "*Si no se observan estrictamente las normas en materia de debido proceso que establece el derecho internacional de los derechos*

---

[100] Corte IDH. Voto razonado de A.A. Cançado Trindade. *Caso Goiburú et al. vs. Paraguay*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 28

[101] Burgorgue- Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya. (2010). "La 'guerra' en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, (3), 117-153.

[102] Y además tratando de solventar dicha insuficiencia con el concurso de expertos, en una consulta que careció de los mínimos para que pueda ser considerada real e incluyente y respetuosa del debido proceso.

[103] CC. Sentencia C-080 de 2018.

[104] CC. Sentencia C-080 de 2018, considerando 4.1.5.3.

[105] Corte IDH. *Caso García Prieto y otros vs El Salvador*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C Nº 168, párr. 97.

[106] El artículo 6 del Protocolo Adicional II, diligencias penales, se aplica tanto a los procesamientos como a la determinación de las sanciones de "*infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado*". Asimismo, el respeto a un debido proceso hace parte de las cinco consideraciones orientativas de Naciones Unidas para el procesamiento de los crímenes de sistema. HR/PUB/06/4

humanos, los juicios pueden ser vulnerables a acusaciones de politización, lo que perjudica enormemente sus objetivos"[107].

71. A manera de ejemplo, deben ser observadas aquellas normas inderogables pertenecientes al DIDH, como el principio de legalidad, y la existencia de tipos penales es un presupuesto necesario, aun si bien insuficiente, para la realización del principio de legalidad[108]. La configuración dogmática de los punibles, pone de relieve un *pragma* común al establecimiento de los tipos penales en general, esto es, más allá que una fórmula legal abstracta, pues implica una conducta realmente realizada con **su resultado y sus respectivas circunstancias**[109]. Sobre este *pragma* se realiza un *juicio de tipicidad.*

72. Relieva la Corte Constitucional que este principio de legalidad no puede ser desconocido en la calificación jurídica propia que realice la JEP, de conformidad con la CADH y el PIDCP[110] y sus órganos de supervisión internacional. Y ese es un asunto esencial porque resulta un error común considerar que el reconocimiento de los crímenes internacionales implica una *relajación* o *flexibilización* del principio de legalidad estricta, cuando al contrario, es su **realización** como se advierte del contenido del artículo 15 de PIDCP.

73. La atención del DIDH también es ejemplificada por el tribunal constitucional aludiendo a la **exigencia de aplicar la *debida diligencia* al adoptar un modelo de investigación y de calificación jurídica propia**. Es decir, el obligatorio acatamiento del deber en cabeza de los Estados, de prevenir, investigar y **procesar a los responsables bajo procedimientos justos**, reparar a las víctimas así como impedir la repetición de las conductas[111]. Esta obligación, reconocida por la jurisprudencia interamericana desde su

---

[107] OACNUDH. (2006). *Instrumentos...* HR/PUB/06/4, pág. 27

[108] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. (2012) *Manual de Derecho Penal. Parte General.* (Segunda Ed, 7ª Reimp.) Buenos Aires: Ediar, pág. 348. También resalta Zaffaroni: "*Veremos que aún en cualquier sistema de tipos judiciales, por aberrante que fuere, el concepto de delito no se podrá elaborar prescindiendo del carácter de tipicidad*". Zaffaroni, Eugenio Raúl. (1998). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* I. Buenos Aires: Ediar, pág. 302.

[109] Zaffaroni subraya que para la realización de la criminalización primaria (consideración de una conducta como delito, las leyes utilizan pragmas conflictivos que incluyen las conductas, circunstancias y resultados, denominados tipos. De esta forma, el tipo penal es un medio de criminalización primaria que amplía el poder positivo configurador. Zaffaroni, et. al. (2012), pág. 339.

[110] CC. Sentencia C-080 de 2018, considerando 4.1.5.3.

[111] Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs Ecuador*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C Nº 298, párrs. 309-322; *Caso Rosendo Cantú y Otra vs México*. Sentencia de 31 de Agosto de 2010. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 168 ss. *Caso Kawas Fernández vs Honduras*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C Nº 196, párr. 78; *Caso Ríos y otros vs Venezuela*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C Nº 194, párr. 298; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 144; *Caso Castañeda Gutman vs México.* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C Nº 184, párr. 34; *Caso Yvon Neptune vs Haití.* (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C Nº 180, párr. 77; *Caso Zambrano Vélez y otros vs Ecuador*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C Nº 166, párr. 128; *Caso Goiburú y otros vs Paraguay*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C Nº 153; *Caso de la Masacre de la Rochela vs Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163. párr. 145; *Caso Ximenes Lopes vs Brasil*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 147; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 167; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs Colombia*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Nº 140, párrs. 142 y 143; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C Nº 134, párrs. 219 y 223; *Caso de la Comunidad Moiwana vs Suriname*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C Nº 124, párrs. 145 y 153; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C Nº 110, párr. 130; *Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala*. (Fondo, Reparaciones y

primera sentencia y subrayada por el tribunal constitucional, entre otras, en la sentencia C-095 de 2007, es una de las normas más preciadas en relación con el procesamiento y sanción de las graves violaciones al DIDH así como las infracciones graves al DIH y los crímenes internacionales. **Es un reconocimiento de que la lucha contra la impunidad debe ser ética, respetando los derechos humanos de víctimas y procesados**.

74. Esto pone de presente que el reconocimiento de crímenes internacionales en el derecho nacional exige la vinculación de diversas fuentes normativas de la juridicidad nacional en general y de la relativa a la Jurisdicción Especial, como el DIDH, el DIH y el DPI[112]. De ahí que no pueda concluirse que la función de calificación jurídica propia constituya un ejercicio de imaginación jurídica que pueda utilizar la función punitiva del Estado sobre el procesado, convertido en cosa, y la víctima, trocada en excusa para que la SA mayoritaria trascienda en el campo jurídico.

75. En el caso particular, encuentro que se han traspasado por la SA mayoritaria, los diques que impone la propia configuración de un crimen internacional bajo el derecho internacional, así como de la calificación jurídica propia respecto de la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional público en general.

LA CONFIGURACIÓN DE LOS CRÍMENES DE GUERRA COMO CRÍMENES INTERNACIONALES Y SU APLICACIÓN POR LA SECCIÓN DE APELACIÓN MAYORITARIA

76. Históricamente quienes administran justicia desde una perspectiva de derechos humanos han aplicado la normativa internacional al decidir casos en Colombia. Lo hizo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, *v.gr.*, encontrando que determinados hechos punibles, también constituían crímenes internacionales a la luz

---

Costas). Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C Nº 101, párr. 156; *Caso Bulacio vs Argentina*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C Nº 100, párr. 100; *Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C Nº 99, párrs. 132 y 134, y *Caso Trujillo Oroza vs Bolivia*. (Reparaciones y Costas). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C Nº 92, párrs. 99 a 101 y 109; *Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Nº 4, párrs. 91, 166 y 174. Sobre la **debida diligencia estricta** en relación con las mujeres y niñas, consultar: Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C Nº 277, párr. 185-189. *Caso Fernández Ortega y otros* vs México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C Nº 215, párr. 193; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C Nº 252, párr. 243; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C Nº 160, párr. 344 y *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C Nº 205, párr. 287.

[112] La Comisión de Derechos Humanos define las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes, considerando además que las violaciones de derechos humanos en sus categorías "*más peligrosas*" son crímenes internacionales. NNUU. Comisión de Derechos Humanos. *Definición de las Violaciones Manifiestas y Masivas de los Derechos Humanos como Crímenes Internacionales*. Presentado por el Sr. Stanislav Chernichenko. E/CN.4/Sub.2/1993/10*, 8 de junio de 1999, párrs. 22 y 23. La noción contemporánea de *crimen internacional*, refiere las violaciones de normas internacionales que implican responsabilidad penal de los individuos, y aglutina: "*1.Violations of international customary rules […], 2. Rules intended to protect values considered important by the whole international community and consequently binding all States and individuals" […]. "3. Furthermore, there is a universal interest in repressing these crimes. […] 4. Finally, if the perpetrator has acted in an official capacity, the State on whose behalf he has performed the prohibited act is barred from claiming enjoyment of immunity from the civil or criminal jurisdiction of foreign States*". Cassese, Antonio. (2008) *International Criminal Law*, pág. 11).

del derecho penal internacional, así como cuando determinó la existencia de crímenes de lesa humanidad.

77. Esto implica para el caso que nos ocupa, procedimientos que determinen si la conducta, verificada a profundidad como exige el derecho internacional, se adecúa normativamente a una determinada como crimen internacional, en la especie de crimen de guerra, lo que desde luego no resulta una actividad sencilla para quienes tampoco estén familiarizados con el derecho sancionatorio, pero tal circunstancia, sobre todo en un escenario de justicia transicional, no autoriza a su desconocimiento. Al respecto, advierte Olásolo Alonso en relación con el derecho penal español:

> (...) no cabe una postura de mera remisión a los tipos previstos en la parte especial del Código Penal, con una eventual agravación de la penalidad por razón de su comisión en un contexto de conflicto armado, pues, independientemente de que algunos tipos de crimen de guerra (así, la tortura o los ataques, represalias o actos o amenazas de violencia contra la población civil cuya finalidad principal sea aterrorizarla) resultan ser morfológicamente distintos de sus figuras comunes homólogas, por cuanto que, además del particularismo especificante del contexto, sus elementos subjetivos u objetivos son diferentes, es lo cierto que el bien jurídico principalmente protegido en el género delictivo de guerra, como, en general, en los delitos contra la comunidad internacional, **tiene carácter o naturaleza supraindividual y, por ende, distinta del resto de los ilícitos que se amenazan en los Códigos Penales, determinando esta cualidad especial que el desvalor del injusto requiera en la familia delictiva de guerra un sistema de tipificación singularizado o ad hoc y un régimen de punición exacerbado o agravado**, lo que, a mi juicio, constituye, tal vez, junto al de contexto, el más importante de los particularismos especificantes que informan o caracterizan la regulación de la punición interna de la criminalidad de guerra. En suma, en la construcción legal de la estructura del tipo penal de guerra según las reglas de la técnica codificadora la descripción típica ha de llevar implícito un juicio de valor, porque el tipo ha de comprender o reunir todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de esta figura delictiva[113]. (negrillas fuera del texto original).

El Derecho humanitario internacional verifica las realidades del conflicto

78. Entonces, la determinación del crimen de guerra[114], exige, en primer lugar, reconocer que el DIH, una de las bases normativas para la respectiva calificación, verifica realidades[115]. Cuando se advierte ello, se implica que solo determinadas conductas adquieren la calidad de grave infracción al derecho humanitario internacional y de ahí la potencialidad de considerarse crímenes internacionales en un CANI como el colombiano.

79. Múltiples argumentos animan el triste recurso a la violencia en el contexto de conflictos armados de índole internacional y no internacional. De ahí que el derecho

---

[113] Olásolo Alonso, Héctor. (2003). *Ataques...*, pág. 206.

[114] Ver supra: *Obligación de reconocer la existencia de crímenes internacionales y su trascendental función en la calificación jurídica propia de la JEP, de manera concreta en materia de sede de tipicidad*.

[115] De hecho, se ha señalado: "*La realidad de los conflictos armados es mucho más compleja que los modelos descritos en el derecho internacional humanitario, hasta tal punto que, hoy en día, algunos expertos consideran que las categorías jurídicas existentes no son del todo adecuadas*". Vité, Sylvain. Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales. Revista Internacional de la Cruz Roja. Marzo de 2009, Nº 873.

humanitario internacional, como rama jurídica que, a diferencia del derecho internacional público, en estricto sentido no entra a determinar la "justeza" o no de dichas motivaciones en términos de legalidad internacional, **se resigne** a imponer contenciones a los métodos y medios de la guerra, y proteger a las víctimas de los conflictos a fin de limitar los nocivos efectos de estos. Así, en algunos casos, la superación de dichas limitaciones tiene como consecuencia la responsabilidad penal internacional.

80. Comprender el derecho humanitario internacional conectado con la realidad implica también una categorización amplia de *conflicto armado no internacional*, como lo destaca el tribunal constitucional[116]. Ello involucra que el conflicto armado colombiano tiene particularidades que deben ser reconocidas en términos generales y en los respectivos casos, donde la pretensión de uniformidad de comprensión del conflicto en términos universalistas abstractos resulta ser una de las más seguras rutas hacia la afectación de la cardinal función de administrar justicia. Ejemplo de ello se tiene con el caso Lubanga en la CPI, donde, la verificación de la realidad permitió a la Sala de Cuestiones Preliminares I confirmar la imputación por punibles bajo el art. 8 (2)(b)(xxxvi) del ER, propios de CAI, en relación con una temporalidad (septiembre de 2002 a inicios de junio de 2003), mientras que confirmó los cargos en relación con el art. 8 (2)(e)(vii) del ER, relativa a CANI respecto de conductas cometidas en el periodo del 2 de junio al 3 de agosto de 2003[117]. Ello fue confirmado en la sentencia correspondiente por la Sección de Apelaciones de la CPI[118].

81. Sin la concreción en la realidad, el DIH no tendería más que a desvanecerse, como lo ponen de presente debates como la propia existencia de un conflicto armado, en cuestiones que en su momento llevaron al tribunal constitucional ha resaltar que debía considerarse una **noción amplia de conflicto armado**. Esta comprensión, a la luz de lo establecido por la Corte Constitucional, implica que el conflicto no se puede limitar a un "*conjunto específico de acciones y actores armados*" pues, relieva la Corte: "*… en el caso del conflicto armado colombiano, las organizaciones armadas comparten y disputan territorios similares, ejercen control territorial sobre determinadas zonas, establecen relaciones de confrontación, o de cooperación dependiendo de los intereses en juego, participan de prácticas delictivas análogas para la financiación de sus actividades, así como de métodos, armamentos y estrategias de combate o de intimidación a la población, generando tanto enfrentamientos armados como situaciones de violencia generalizada de gran intensidad* (…)"[119].

---

[116] Ver, entre otras, Corte Constitucional Sentencia C-781/12.

[117] ICC. Pre Trial Chamber. Situation in Democratic Republic of the Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. *Decision on the confirmation of charges*, 29 January 2007. ICC-01/04-01/06. párrs. 81 ss.

[118] Cuestión confirmada en la sentencia de segunda instancia respectiva, donde la Sala de Apelaciones encontró que dependiendo de los actores particulares que estén involucrados, los conflictos que tienen lugar en un mismo territorio, al mismo tiempo pueden ser de carácter internacional y de no internacional, al punto que los CANI y los CAI, pueden coexistir. (Trad. propia). El texto original es: "*The Appeals Chamber of the ICTY has recognised that, depending on the particular actors involved, conflicts taking place on a single territory at the same time may be of a different nature. The Chamber endorses this view and accepts that international and non international conflicts may coexist*". ICC. Trial Chamber. Situation in Democratic Republic of the Congo. *Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. 14 March 2012. ICC-01/04-01/06-2842 14-03-2012, pár. 540.

[119] CC. Sentencia C-781/12, párr. 5.1. En el mismo sentido, la sentencia de primera instancia de Akayesu en el TPIR, advirtió que el Protocolo Adicional II debe aplicarse objetivamente, con independencia de las conclusiones subjetivas de las partes involucradas en el conflicto. ICTR. Trial Chamber. *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*. Judgement of 2 September 1998. Case Nº ICTR-96-4, párr. 624.

Los elementos contextuales materiales del crimen de guerra

82. El crimen de guerra, como categoría del derecho penal internacional, en referencia al derecho humanitario internacional, hace alusión, sin limitarse a ello, a las violaciones graves de las normas que lo integran, constituyéndose en uno de los aspectos materiales de los elementos de contexto del crimen. Sin el inicial contexto del conflicto, no podrá existir un crimen de guerra, por atroces que resulten los hechos[120].

a) Los elementos generales de contexto de los crímenes de guerra en los tribunales internacionales ad hoc

83. La jurisprudencia del TPIY estableció tres elementos generales para la configuración del crimen de guerra: (i) la existencia de un CAI; (ii) un nexo cercano entre los crímenes que se alegan y el conflicto armado; y que (iii) las víctimas califiquen como personas protegidas[121]. Este último requisito concierne en dicho tribunal, a lo dispuesto en los Convenios de Ginebra de 1949[122], esto es, aquellas personas que en un específico momento y de cualquier forma se encuentran en manos de una parte en conflicto o bajo poder de ocupación[123], que no gozan de protección diplomática ni están sujetas a la alianza y control del Estado en cuyas manos pueden encontrarse. Así, encontró el TPIY que criterios como la etnicidad, la alianza y la **materialidad[124]** de las relaciones permitían establecer la calidad de persona protegida, más que su caracterización ante la ley o la nación, pues el requisito no obedecía a lazos formales o a relaciones puramente legales[125].

84. El TPIR advertía que las graves infracciones al DIH se refieren al incumplimiento de la regla que protege valores importantes e implican graves consecuencias para la víctima[126]. Asimismo, mantuvo en términos generales los elementos para la

---

[120] Olásolo pone de presente al respecto: "*En consecuencia, se puede afirmar que algunas de las más horrendas atrocidades cometidas en el siglo XX tales como la purga y la liquidación de los kulaks de Stalin o las principales etapas de la campaña de terror impuesta por los Jémeres Rojos no son constitutivas de crímenes de guerra al haber tenido lugar una vez finalizados los conflictos armados que las precedieron*". (2003). *Ataques...*, pág. 29.

[121] ICTY. Trial Chamber II. *Prosecutor v. Radoslav Brdjanin*. Judgement of 1 September 2004. Case Nº IT-99-36-T, párr. 121; Appeals Chamber. *Prosecutor v. Tihomir* Blaskic. Judgement of 29 July 2004. Case No. IT-95-14-A, párr. 170; Trial Chamber II. *Prosecutor v. Blagoje Simic, Miroslav Tadic & Simo Zaric*. Judgement of 17 October 2003. Case No. IT-95-9, párrs. 105-106; *Prosecutor v. Mladen Naletilic & Vinko Martinovic*. Judgement of 31 March 2003. Case Nº IT-98-34, párr. 176 .

[122] ICTY. *Brdjanin…*, párr. 121; *Blaskic…*, párr. 172; *Simic, Tadic & Zaric…*, párr. 106; *Naletilic & Martinovic...*, párr. 176.

[123] ICTY. *Blaskic…*, párr. 172; Trial Chamber. *Prosecutor v. Kordic y Cerkez*. Judgement of 26 February 2001. Case Nº IT-95-14/2-T, párr. 147; Appeals Chamber. *Prosecutor v. Dusko Tadic.* Judgement of 15 July 1999. Case Nº IT-94-1-A, párr. 168. *Brdjanin…*, párr. 125; *Blaskic…*, párr. 145

[124] Por lo tanto, cómo se profundizará en el acápite sobre suficiencia probatoria las pruebas ordenadas por el a quo y el ad quem en el caso se concentraron en el ámbito formal e institucional, al punto que en la JEP no se recaudó ningún elemento probatorio -específico -distinto a lo discutido en la JPO- que permitiera analizar dicha materialidad de las condiciones en que se produjo la conducta analizada.

[125] ICTY. *Blaskic…*, párr. 172 y 180; Appeals Chamber. *Prosecutor v. Kordic y Cerkez*. Judgement of 17 December 2004, párrs. 322-323 y 328-331.

[126] ICTR. Trial Chamber. *The Prosecutor v. Clement Kayishema & Obed Ruzindana*. Judgement of 21 May 1999. Case Nº ICTR-95-1, párr. 184; *Akayesu...*, párr. 616; Trial Chamber. *The Prosecutor v. Alfred Musema*. Judgement of 27 January 2000. Case Nº ICTR-96-13A párr. 286 y 288; Trial Chamber. *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*. Judgement of 7 June 2001. Case Nº ICTR-95-1A-T, párr. 102; Trial Chamber. *The Prosecutor v. Laurent Semanza.* Judgement of 15 de mayo de 2003. Case Nº ICTR-97-20-A, párr. 370. *The Prosecutor v. George Rutaganda*. Judgement of 6 December 1999. Case Nº ICTR-96-3-A, párr. 106.

configuración del crimen de guerra[127], con excepción de la naturaleza del conflicto, dados los requerimientos de su estatuto, estableciendo en la sentencia de primera instancia de Rutaganda, la siguiente noción de CANI: "*Un conflicto armado que tiene lugar en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados, de acuerdo con El Protocolo II debe considerarse como un conflicto armado no internacional*"[128]. Se destaca, para el caso que obliga al salvamento de mi voto, que la jurisprudencia excluyó de la categoría de crimen no internacional, a los disturbios internos, respecto de los cuales los CANI tienen mayores nivel de intensidad, así como de organización en sus partes[129].

b) Los elementos generales de contexto de los crímenes de guerra en la CPI

85. El Estatuto de Roma establece al interior del artículo 8(2) más de 71 tipos penales, referidos tanto a los CANI como a los CAI. Dentro del CANI pueden tener lugar dos conjuntos relativos a crímenes de guerra de conformidad con el ER. El primero corresponde al Art. 8(2)(c), ER, que se refiere a las infracciones graves al Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra, conductas gravemente lesivas de los principios de trato humano y de no discriminación, que atentan contra los más básicos derechos de quienes no participan en las hostilidades. El segundo, en el artículo 8(2)(e), es relativo a otras violaciones graves de las leyes y usos de la guerra aplicables a los conflictos armados, es decir que tienen lugar en relación con conflictos prolongados, respecto de los supuestos de control territorial y de enfrentamientos entre Estados y rebeldes, determinados por el Protocolo Adicional II, como se aclara en el artículo 8(2)(f) ER. Corresponde, entre otras, a violaciones graves de disposiciones contenidas en el Protocolo Adicional II, relativas a métodos de combate, así como del principio de distinción y a algunas conductas en referencia al Artículo 3 Común.

86. En el caso particular es relevante y debió ser determinado por la SA de la JEP, pues las dos instancias consideraron la existencia de un crimen de guerra, si se refería al punible comprendido por el Art. 8(2)(c) del ER o al artículo 8(2)(e) del mismo Estatuto. La jurisprudencia de la CPI encuentra que los artículos implican violaciones graves al Artículo 3 Común, si bien estas son enumeradas en la primera de las normas[130] Y ha llamado la atención en el sentido de que algunos hechos punibles requieren distinguir debidamente el marco normativo en el cual ha tenido lugar la presunta

---

[127] Por ejemplo, en la sentencia de primera instancia de Ntagerura et al, se señaló que los elementos que deben ser probados **más allá de una duda razonable**, bajo el umbral establecido en el artículo 4 del ETPIR, son: (i) la existencia de un CANI; (ii) un nexo entre el supuesto de violación y el conflicto armado; (iii) que las víctimas no participen directamente en las hostilidades al momento de la presunta violación. Trial Chamber. *The Prosecutor v. Ntagerura, Bagambiki e Imanishimwe (Cyangugu)*. Judgment of 25 February 2004. Nº ICTR-99-46, párr. 766; *The Prosecutor v. Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze y Nsengiyumva (Military I).* Judgment of 18 December 2008. Nº ICTR-98-41, párr. 2229; *The Prosecutor v. jean de Dieu Kamuhanda.* Nº ICTR-98-54A-A, Judgment of 22 January 2004, párr. 737; *Semanza…*, párrs. 354-371 y 512.

[128] ICTR. *Rutaganda...* , párr. 92.

[129] ICTR. *Kayishema & Ruzindana…*, párrs. 169, 171 y 184; Trial Chamber. *Akayesu...*, párrs. 99, 601-602, 616, 619-621 y 625**;** Appeals Chamber. *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*. Judgement of 1 June 2001. Case Nº ICTR-96-4, párr. 425-445; *Bagilishema…*, párr. 99; *Rutaganda...*, párrs. 91-92 y 106; *Musema…*, párr. 247-248, entre otros.

[130] ICC. Pre-Trial Chamber I. *Situation in Darfur. Case of The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*. Decision on the Confirmation of Charges. ICC-02/05-02/09, 8 February 2010, párr. 38.

violación, haciendo un ejercicio de diferenciación a partir de la protección relativa a los Convenios de Ginebra y a las violaciones graves del Artículo Común[131].

87. En la decisión de primera instancia del caso respecto del cual debo sentar este Salvamento de voto, la SAI afirmó que se configuraba la comisión del crimen de guerra establecido en el Art. 8(2)(c) bajo el ER[132]. Sin embargo, la Sección mayoritaria en la providencia respecto de la cual salvo mi voto, en materia de la determinación de un crimen de guerra específico, se contrajo a señalar que era un *homicidio en persona protegida*[133], esto a pesar de que había aceptado, sólo formalmente, que los delitos establecidos en el Código Penal en su relación con el DIH, no equivalen de forma automática a que constituya un crimen de guerra. Esta última situación desde luego que resulta problemática pues el propio artículo 135 del Código Penal colombiano en el cual se sustentó la mayoría de la SA para su particular lectura del crimen de guerra, determina que la categoría de persona protegida se determinará a partir de "*los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia*".

88. A fin de explicitar el error que implica considerar la alusión a la existencia de un crimen de guerra sin tener el acopio probatorio suficiente, s**e utilizará aquí la categoría establecida en el artículo 8(2)(c)(i) como referencia para una mejor explicación de la decisión que debió adoptarse, que, se insiste, fue la utilizada por la Sala de Amnistía e Indulto**.

89. De conformidad con el ER y sus *Elementos de los Crímenes*, la jurisprudencia de la CPI advierte de la existencia de elementos generales y específicos para la configuración del crimen de guerra de homicidio en atención al artículo 8(2)(c)(i), esto es, en el contexto de un CANI, en referencia a las violaciones graves del Artículo 3 Común, respecto de personas que no participen directamente en las hostilidades. Estos elementos son los siguientes: (1) la conducta debió tener lugar en el contexto de un

---

[131] En los casos de violencia sexual dicha diferenciación no sería necesaria. Por ejemplo, al revisar cargos en dicho contexto en relación con los Arts. 8(2)(b) (CAI) y (e)(iv), la CPI señala que determinar si se refieren a infracciones graves de los Convenios de Ginebra o a violaciones graves del Artículo 3 Común, tendría en principio consecuencias en relación con el tipo de víctimas a las que aluden: "las víctimas de los presuntos crímenes tendrían que ser personas protegidas bajo los Convenios de Ginebra, o personas que no participan activamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas y aquellos que han sido colocados *fuera de combate* por enfermedad, heridas, privación de la libertad o cualquier otra causa". ICC. Pre-Trial Chamber I. *Abu Garda*., 8 February 2010, párr. 39. Sin embargo concluyó que si bien los artículos se refieren a contextos de CANI, donde el primero contiene referencias a criterios específicos del estado de la víctima, mientras que el segundo no, la cuestión resulta indiferente respecto de determinados tipos de víctimas como las referidas a la violencia sexual. Postura reiterada en la decisión de confirmación de casos de Abu Garda, pero que ya había sido aplicada en otras decisiones. Ver: ICC. Trial Chamber VI. *Situation in the Democratic Republic of the Congo. Case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. Decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9. 9 October 2015. Nº ICC-01/04-02/06-892, párr. 25

[132] En la Resolución de primera instancia, la SAI abordó el debate **bajo la égida de que no era necesario determinar la vinculación subjetiva para que se configurara el crimen de guerra** establecido en el artículo 8(2)(c)(i) por ello se contrajo a afirmar: (i) que dichos crímenes están excluidos de la concesión de amnistías (párr. 8 de la resolución); concretó lo que considera crimen de guerra y cómo se constituye (párrs. 109-115). En el capítulo que titula "*análisis del caso concreto*" (4.5.3.2.1.1.2), analizó las funciones constitucionales de la Policía Nacional (párr. 117), **su consideración de que sus integrantes sólo excepcionalmente pueden ser considerados combatientes** (párr. 118), su afirmación en el sentido de que a partir de la información disponible, la víctima tenía condición de civil, que la guerrilla tenía prohibido atacarle, bajo el DIH, y que por tanto los hechos *"constituyeron una infracción al DIH*" (párr. 120). A continuación afirmó que el caso es de una gravedad equivalente al crimen de guerra del art. 8(2)(c) (párr. 121), señalando que se configura el punible de homicidio pero que no se pronunciará sobre la responsabilidad penal individual (párr. 122), pero que se configuran los elementos del crimen de guerra del artículo 8(2)(c)(i) (párr. 124) y en el párrafo 125 concluye que el caso constituye un crimen de guerra.

[133] Párr. 55 de la decisión respecto de la cual salvo mi voto.

CANI, asociada con él, y el autor estaba al tanto de las circunstancias de hecho que establecen la existencia de un conflicto armado; (2) el autor mató a una o más personas; (3) dicha persona o personas estaban fuera de combate, o eran civiles, personal médico o personal religioso que no participaba activamente en las hostilidades; y (4) el autor estaba al tanto de las circunstancias fácticas que establecieron este estado[134].

El principio de legalidad en lo que se refiere a los crímenes de guerra está condicionado por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

90. Además de lo abordado[135] en este voto disidente, reitero la trascendencia del principio de legalidad en la verificación de la existencia de los crímenes internacionales, pues la cuestión no se limita a la errónea consideración de que en la medida en que no se altere la punibilidad, quien administre justicia en un esquema transicional está habilitado para calificar como un crimen de guerra, la conducta punible que tenga ante sí.

91. Tampoco se corresponde con la también preocupante afirmación en la sentencia respecto de la cual Salvo mi voto, en el sentido de que la JEP tiene autonomía para interpretar las fuentes de justicia transicional, y de allí decidir cuál es el marco normativo que define, en términos de principio de legalidad, la construcción de los crímenes de guerra[136]. Extraña liberalidad que en la decisión se enmarca dentro de una preocupante consigna: "*De cualquier manera, la SA tiene la función de servir de instancia de cierre y de unificar la doctrina en materia del derecho transicional*"[137], y que resulta similar a la que ha sustentado otras decisiones de la SA mayoritaria de las que me he apartado, con las cuales ha retirado la exigencia de la defensa técnica del contexto de

[134] ICC. *Situation in the Democratic Republic of the Congo. Case of The Prosecutor v. Germain Katanga.* Judgment pursuant to article 74 of Statute. 7 March 2014, Nª ICC-01/04-01/07, párr. 784.
[135] Ver Supra obligación de reconocer la existencia de crímenes internacionales y su trascendental función en la calificación jurídica propia de la JEP
[136] Párrafo 51 de la sentencia. Dijo la SA mayoritaria: "*Sin embargo, a la JEP se le confía la potestad autónoma de interpretar las fuentes del derecho transicional, dentro de ellas las leyes penales internas y el derecho penal internacional (AL 1/17 arts. Trans. 5 y 22), y debe constituirse en una instancia crítica de las conceptualizaciones antecedentes, lo cual no implica que pueda desconocerlas o restarles el valor que inherentemente portan, sino que le corresponde evitar aplicaciones mecanicistas de los postulados doctrinales o jurisprudenciales anteriores a la instauración de la jurisdicción especial, y analizarlos a la luz del imperativo de una mejor realización de los principios de la transición. Por ello, entre otras cosas, puede hacer una calificación jurídica propia, conforme al derecho aplicable en esta jurisdicción. La SA considera necesario aclarar este punto, para facilitar el trabajo de la SAI, en especial cuando se trata de conductas contenidas y tipificables conforme al título II del libro II del Código Penal colombiano*".
[137] Párrafo 31 de la decisión en relación con la cual salvo mi voto.

determinados procedimientos dentro de la Jurisdicción[138], o para restringir actuaciones determinantes de las víctimas ante algunas Salas específicas[139].

92. Nada más distante de las exigencias del DIDH y el DPI. Al contrario, como lo señala la doctrina internacionalista con fundamento en el DIDH, el principio de legalidad no se limita a la pena, sino que también incorpora cuestiones como la definición del delito y exige la determinación de los criterios de previsibilidad, calidad y accesibilidad[140]. También es un principio que ha concitado la mayor de las preocupaciones en el DPI, como se observa en la jurisprudencia del TPIR, donde si bien su Estatuto permitía la aplicación de instrumentos que no estuviesen integrados en la costumbre internacional, esto fue rechazado por el tribunal en aplicación del principio de *nullum crimen sine lege internacional*, exigiendo la aplicación de las reglas del DIH que, como el Artículo 3 Común y el Protocolo II, integran el derecho consuetudinario[141].

93. Es notable que el DPI y específicamente la jurisprudencia de la CPI no se limita a reconocer diversas dimensiones del principio de legalidad a partir de los artículos 22, 23 y 24 del ER, e incluso a subrayar, a partir del artículo 21 ER que la interpretación del ER deberá ser compatible con los derechos internacionalmente reconocidos. Su jurisprudencia también afirma que el Estatuto constituye un tratado multilateral que hace las veces de un código penal internacional respecto de quienes son parte de él, y que los crímenes internacionales constituyen una expresión del deseo de criminalizar el comportamiento respectivo. De ahí que la conducta constitutiva de crimen de guerra, de manera general pero no necesaria, estará sujeta a una penalización previa de conformidad con un tratado o una norma consuetudinaria de derecho internacional[142].

---

[138] La SA mayoritaria al respecto señaló en el Auto TP-SA 211 de 2109: "*Ninguna de las disposiciones de implementación del Acuerdo Final de Paz exige como requisito la asistencia de abogado para el trámite de beneficios provisionales, circunstancia que no se opone a que el interesado, si a bien lo tiene, cuente con un defensor. En este sentido, en el TP-SA 024 del 3 de septiembre de 2018, en un asunto en el que el interesado ejerció personalmente la defensa de sus derechos en un trámite de beneficios provisionales ante la SAI desde la presentación de la solicitud de la solicitud hasta la interposición y sustentación del recurso de apelación contra la resolución que se los negó, precisó que esa circunstancia no comporta irregularidad procesal porque: (i) el artículo 12, literal del Decreto 277 de 2017 y el artículo 45 de la Ley 1922 de 2018, autorizan al interesado para actuar directamente, en el primer caso para solicitar la libertad condicionada y, en el segundo, para iniciar el procedimiento con miras al otorgamiento de amnistías o indultos; (ii) de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley de Procedimiento de la JEP,* ***la asistencia letrada para garantizar el derecho de defensa, como es apenas obvio, es exigible en las actuaciones surtidas en relación con quienes han alcanzado la calidad de comparecientes****. provisionales no responden a la lógica de un proceso adversarial; en ellos no se discute la responsabilidad penal y sus consecuencias, sino que se evalúa el cumplimiento de los factores de competencia, o de los requisitos legales para acceder a beneficios provisionales.*" Al respecto Ver Salvamento de Voto del a Magistrada Sandra Gamboa Rubiano a dicho auto, así como los Salvamentos de Voto al Auto 250 de 2019; Auto 190 de 2019 y Auto 164 de 2019, entre otros.

[139] Sobre la decisión de la SA Mayoritaria de no notificar a las víctimas reconocidas en el proceso penal adelantado en la JPO. Ver SV Parcial de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano a la Sentencia AM 125 de 2020; SV Parcial Auto 539 de 2020; SV Parcial Auto 534 de 2020; SV Parcial Auto 530 de 2020.

[140] Scalia, Damien. (2008). "A few thoughts... , pág. 345.

[141] ICTR. Trial Chamber. *Akayesu*…

[142] ICC. Trial Chamber VI. *Situation in the Democratic Republic of the Congo. Case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9. 4 January 2017. ICC-01/04-02/06, párr. 35. La doctrina también destaca los esfuerzos en el ER por respetar el principio de legalidad. Sostiene Olásolo: "*La exclusión de normas penales en blanco y el uso limitado de subtipos residuales excesivamente abiertos en la definición de los crímenes de guerra constituye una nueva manifestación del esfuerzo definidor de los redactores del ER y de los EC. Así, a diferencia de los Estatutos de los TPIY y TPIR, el ER no utiliza no recurre a leyes penales en blanco mediante la remisión a otras violaciones de las leyes o usos de la guerra. // Asimismo, sólo con carácter limitado, el ER y los EC recurren a subtipos residuales donde el comportamiento típico no se encuentra definido con la precisión que podría ser requerida por el principio nullum crimen sine lege*". Olásolo Alonso, Héctor. "Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional". *Revista Española de Derecho Militar*. Vol. 86, (Junio-Diciembre 2005) (pp. 107-152)

94. En el caso de la JEP, el principio de legalidad respecto de los crímenes de guerra se determina por las exigencias de la CPI para su configuración en un CANI. Se señala ello no por considerar, erróneamente, que son normas con un carácter auto-ejecutivo sino porque la normativa de la JEP remite a la aplicación del DPI para el reconocimiento de los crímenes internacionales y la única normativa del DPI que regula en nivel de concisión los crímenes internacionales que tienen lugar en el contexto de CANI es precisamente el ER.

95. A partir de estos elementos se podrá perfilar, *v.gr.*, si existe un ataque, en tanto rasgo del conflicto armado vinculado con el hecho del perpetrador, e incluso en referencia a alguna de las formas de participación establecidas en los artículos 25 a 28 del ER. También permitirá considerar si se trata un delito común que ha tenido lugar en tiempo de guerra o si al contrario, el vínculo está verificado de forma tal que se ha establecido un vínculo con el CANI. Con ello sólo se tiene uno de los elementos de carácter material, vinculado apenas al tipo objetivo, y que debe ser acompañado por la definición del carácter de persona protegida.

96. Toda vez que con anterioridad a la entrada en vigor del ER de la CPI, no se había unificado la comprensión en el derecho internacional de que los crímenes de guerra podrían tener lugar en CANI, y atendiendo además a las exigencias constitucionales, la trascendencia de dichos crímenes en la actualidad se refiere a la determinación de los elementos contextuales del ER y los EC, en acatamiento al principio de legalidad, como había sido puesto de presente en el informe del Comité Ad Hoc sobre el establecimiento de una corte penal internacional[143], donde entre otras cuestiones se señaló que no era adecuado referirse a tribunales previos para crímenes de guerra como precedentes adecuados y que debían establecerse tanto los crímenes como sus elementos constitutivos para garantizar el pleno respeto del principio de legalidad[144].

97. De modo que adoptar una decisión en el contexto del principio de legalidad en lo que corresponde a los crímenes de guerra, no permite realizar una operación de cambio en el punible aplicado por el juez nacional, ni aún cuando este se desempeña en el marco de un proceso de justicia transicional. Al contrario, se ha advertido por la doctrina:

> La *sistemática de la tipificación* interna de los delitos de guerra debe, como punto de partida, evitar cualquier atisbo de *alternatividad normativa*, de manera que, con independencia de que la tipificación se lleve a cabo en el Código Penal, en el marcial o en una Ley especial ha de *huirse de la tentación de cualificar al sujeto activo* de los delitos de guerra **por su condición de militar u otra, construyendo el tipo con un sujeto activo abstracto que permita configurar al crimen de guerra, de acuerdo con la prescripción convencional al efecto, como delito común desde el punto de vista del sujeto activo, en cuanto que, a la vista del sujeto de la acción descrita en el verbo rector, cualquier persona pueda ser autor del delito con independencia de su condición subjetiva**. (cursivas del texto y negrillas fuera del texto original)[145].

---

[143] UUNN. (1995). General Assembly. *Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*. Supplement Nº 22 (A/50/22). párr. 76.
[144] UUNN. A/50/22, párrs. 49 y 57.
[145] Olásolo Alonso. (2003). *Ataques...*, pág. 211.

98. Justamente el legislador penal nacional, al introducir el Título II, constituyó un conjunto normativo *inspirado* en el Estatuto de Roma. Ello, a tal punto que se incluyeron en la normativa nacional conductas que no se encuentran establecidas para los CANI en el ER como las establecidas en los artículos 142, 143 y 150 del Código Penal. No se decantó la normativa nacional por diferenciar los CAI de los CANI, y adicionalmente tampoco exigen un carácter sistemático ni a gran escala, como se observará. Es esta una razón adicional para comprender que no es ni técnico, ni admisible bajo los derechos internacionalmente reconocidos, tal solapamiento entre categorías del derecho nacional y la calidad de un crimen de guerra.

El umbral de gravedad en los crímenes de guerra

99. En una primera medida, el ER señala que los crímenes de guerra deben ser cometidos, "*en particular, como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes*" (Art. 8(1)). La jurisprudencia determina que este aparte no es un requisito previo en cuanto elemento contextual, sino una guía práctica[146]. Es una interpretación que se vincula con los contenidos del artículo 19(1) del ER[147], y de allí, al artículo 17 del tratado[148], por ejemplo, que señalan que la gravedad es uno de los elementos que determinan que la CPI sea competente para conocer[149], con lo cual la jurisprudencia terminó dando la razón a la doctrina internacionalista que previamente había arribado a la misma conclusión[150].

100. De ello se destacan dos conclusiones preliminares. La primera consiste en que el debate sobre la gravedad tiene lugar en realidad en relación con la competencia y la admisibilidad, por lo que ya se ha verificado al examinar los elementos contextuales del crimen, en este caso, de guerra. La segunda implica que el requerimiento de la suficiente gravedad no se realiza en el tipo subjetivo, por lo que no es preciso corroborar que la gravedad ha sido contemplada por el procesado para la realización de la conducta punible.

101. Entonces, para que un punible sea grave, de conformidad con el ER, debe inscribirse en los "*crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*", en atención al contenido del Preámbulo y del artículo 5º del ER. Para

---

[146] ICC. Pre-Trial Chamber II. *Situation in The Central African Republic*. *Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. 15 June 2009. Nº ICC-01/05-01/08, párr. 211. Reiterada, entre otros en: Trial Chamber III. *Situation in The Central African Republic*. *Case Of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016, Nº ICC-01/05-01/08, párr. 126 y en Trial Chamber II. Situation in The Democratic Republic of the Congo. Case of The Prosecutor v. Germain Katanga. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 7 March 2014, Nº ICC-01/04-01/07, párr. 1125

[147] "*Impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa. 1). La Corte se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas. La Corte podrá determinar de oficio la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17*".

[148] "Cuestiones de admisibilidad. *1). La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando (...) d) El asunto no sea de gravedad para justificar la adopción de otras medidas por la Corte*".

[149] Ver, entre otros: nota al pie 6 de la decisión de confirmación de cargos de Lubanga al aludir al contenido del Art. 19 ER, donde la Corte subrayó la decisión de confirmación de cargos de Bemba sobre dicha cuestión. ICC. Trial Chamber I. *Situation in The Democratic Republic of Congo*. *Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. 14 March 2012, Nº ICC-01/04-01/06, párr. 9.

[150] Olásolo. "*Apuntes…*"

establecer, en primer lugar, cuando una infracción al DIH se incorpora dentro del criterio, de *los más graves*, se deberá establecer el criterio del art. 8.1 del ER, esto es que los crímenes de guerra tengan lugar *como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes*", es decir, se hace alusión a la necesidad de un fundamento razonable para concluir que los crímenes de guerra se han producido de manera sistemática (plan o política) o generalizada (comisión a gran escala).

102. La exigencia del umbral de gravedad de los crímenes internacionales en general y del crimen de guerra en particular, obedece a múltiples debates previos a la configuración del Estatuto, y en lo que tiene que ver con los CANI, refleja una preocupación por vincular la trascendencia de estos conflictos en la comisión de atrocidades bajo el contexto de dichas discusiones. Por ejemplo, en lo referente a la utilización de nociones potencialmente contradictorias como "*violaciones graves*" en relación con el artículo 8(2)(c), de "*crímenes excepcionalmente graves*" sobre el artículo 8(2)(e) y la propia expresión de "*infracciones graves*" de los Convenios de Ginebra, definiéndose aludir a la categoría de *crímenes de guerra*, lo que corrobora, aún más, que el derecho penal internacional es el marco particular de configuración de estos crímenes[151].

103. De ahí que asista razón a la defensora del ciudadano GUZMÁN[152], en el sentido de echar de menos la existencia del nivel de gravedad que precisa el crimen de guerra. Encuentro ello toda vez que, de conformidad con el ER y la jurisprudencia de la CPI, la primera cuestión que debe auscultarse, antes de proceder al análisis de los elementos contextuales para identificar un crimen internacional de guerra, es la determinación de su suficiente gravedad y ello sólo podía hacerse a través de la verificación de un análisis contextual idóneo, como acaba de verse, del que carece por completo la actuación contra GUZMÁN DÍAZ[153].

104. Encuentro que los contenidos de los autos de ponente en la actuación ante la SA, dan elocuente referencia acerca de la confusión que animó la edificación de un crimen internacional en el trámite. El *enriquecimiento del debate*, que como señalé, no corresponde al ejercicio de la segunda instancia en un proceso donde se determinó la configuración de un crimen internacional, permite observar que la Sección mayoritaria

---

[151] UUNN. A/50/22, párr. 74.

[152] Folio 3. Recurso de apelación de fecha 18 de septiembre de 2019. Radicado 20191510451672.

[153] Si bien hay constancia del informe del GRANCE sobre la contextualización de las FARC-EP en el municipio de Silvania, Cundinamarca para el año 2003, y hay referencias, tal documento no alcanza a cumplir con lo mencionado para comprobar el umbral de gravedad como presupuesto previo para la configuración del crimen de guerra. La SA mayoritaria así lo reconoció en el párrafo 95 de la decisión respecto del cual Salvo el voto: "*De cualquier manera, en futuros trámites, las Salas de Justicia deben realizar, cuando haya motivos para sospechar que ha habido mayor intensidad en el conflicto o que se dio un cambio operacional en la Policía que le haga perder su condición civil, el acopio de evidencia indispensable para demostrar, en la medida de lo posible, si se trata de una persona que toma parte directa en las hostilidades, si la unidad a la que pertenecía había sido incorporada de hecho o de facto a las fuerzas militares o, finalmente, si la intensidad del conflicto mostraba que la respuesta operacional de la Policía Nacional era la propia de quien está tomando parte directa en el conflicto y no la de un cuerpo civil armado que está en tareas de protección de la seguridad ciudadana. Esta labor probatoria puede darse por medio de la recolección ordinaria de pruebas o por medio de un incidente especial en el cual se reciben y valoran todos los elementos que permitan establecer con claridad la naturaleza de la policía en el conflicto armado para el caso específico de estudio. Para ello podrá también acudir a los estudios de macro contexto que viene realizando el GRAI, pero siempre teniendo en cuenta la situación específica en la que se ha desenvuelto la conducta, a fin de demostrar los elementos necesarios para entender que la unidad de policía ha sido incorporada a las fuerzas militares en un CANI o la participación individual y directa del sujeto en las hostilidades*."

se decantaba, desde la propia sustanciación del caso por una lectura incorrecta de la normativa llamada a aplicarse en el caso, por lo menos en referencia al DIH y al DPI. Es así como mediante el Auto AP-TP-SA-ECM-033 del 16 de enero de 2020, se ofició a la Dirección General de la Policía Nacional para que diera cuenta sobre: "*(i) las funciones que desarrollaba el personal de la Estación de Policía de Arbeláez en el año 2003, y las funciones específicas que desarrollaba el sargento de la Policía Nacional Néstor Jairo Bohórquez Páez y si formaba parte de una compañía especializada de la Policía Nacional en la zona de Silvania*"[154].

105. Nuestra objeción no solo se contrae a que este era un asunto que no competía a la SA de apelación en el trámite de segunda instancia, como acertadamente evidenció la representación del Ministerio Público en el caso[155]. También se refiere a que no se solicitó siquiera que se allegara la documentación de respaldo de lo certificado[156], ni existe claridad en el establecimiento de que quienes respondieran el oficio en la Dirección General de la Policía Nacional hayan laborado junto a la víctima para la época de los hechos. Esto, desde luego, recordando que el DIH y el DPI, y de ahí, la determinación de la calidad de persona protegida, emergen de la verificación de los hechos en específicos, cuando se trata que la víctima es una persona que pertenecía a la Policía Nacional y que para la época de los hechos, de conformidad con lo establecido a través de la revisión de su actuación por el propio Estado, podría ser considerada como combatiente.

106. La SA debió señalar la ausencia de medios de prueba que permitan concluir la existencia de un crimen internacional de conformidad con el principio de legalidad y un debido proceso, asunto sobre el cual, si bien profundizaré[157], exigía que se establecieran criterios que permitieran concluir que los crímenes de guerra se habían producido de conformidad con las exigencias del artículo 8.1 del ER.

107. Observadas las decisiones de instancia, el examen de tal aspecto de gravedad en relación con la conducta no pasó de afirmar con insistencia en que los crímenes de guerra -en genérico- sólo pueden llegar a corresponder respecto de las infracciones graves al DIH, -y en algunos casos se señaló que infracciones-, pero ninguna especificidad se hizo en relación con el caso concreto. De haberse realizado esta auscultación, seguramente se hubiera percibido que restaba el acopio probatorio correspondiente.

El conflicto y la relación de la conducta con el CANI como elemento objetivo del crimen de guerra

108. Los elementos objetivos del crimen de guerra establecido en el artículo 8(2)(c), han sido ampliamente discernidos por la jurisprudencia de la CPI y se vinculan con

---

[154] Auto AP-TP-SA-ECM-033 del 16 de enero de 2020.
[155] Concepto del 29 de abril de 2020 radicado por la Procuradora Delegada con funciones de Coordinación de Intervención para la Jurisdicción Especial para la Paz ante la SA.
[156] Como se mencionó previamente, tanto la Sala de Justicia como la Sección Mayoritaria del Tribunal se decantaron por solicitar meras certificaciones institucionales sin ninguna verificación de la materialidad de los hechos objeto de estudio.
[157] Ver Infra acápite sobre insuficiencia probatoria

exigencias constitucionales como que la determinación de la existencia del conflicto debe realizarse "*no en abstracto, sino en atención a las características de cada caso particular*"[158]. Se refieren a infracciones graves del artículo 3 común, sin requerir que la víctima se encuentre en poder de la parte adversa, mientras que las conductas establecidas en el artículo 8(2)(e) se vinculan con conflictos armados propios del marco de aplicación del Protocolo Adicional II en tanto a sus supuestos de control territorial y enfrentamientos entre el Estado y fuerzas rebeldes.

109. El artículo 8(2)(c), por ejemplo, es una de las normas que determina el ER para los CANI, por lo que en su abordaje, la jurisprudencia de la CPI establece que ante la ausencia en el ER de una noción específica de conflicto armado, se acude al DIH, y en particular a la definición establecida en el caso de Tadic por la Sala de Apelaciones del TPIY, pues su construcción tuvo lugar a partir de las disposiciones aplicables de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos Adicionales[159].

110. En la CPI, de conformidad con lo establecido en los artículos 8(2)(d) y 8(2)(f), la calidad del CANI debe ser discernida, como en el DIH y en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, a partir de la visión negativa de CANI, en el sentido de que no constituyen disturbios, actos de violencia aislados y esporádicos u otros actos de naturaleza similar[160]. Asimismo se reitera la exigencia de *conflicto armado prolongado,* así como que no se precisa ni la determinación de una violencia ininterrumpida, de conformidad con la jurisprudencia del TPIY[161], ni del control sobre parte de un territorio[162].

111. Un asunto de especial importancia reside en la definición del nivel de relación con el CANI requerido para que la conducta pueda considerarse un crimen de guerra. En la sentencia respecto de la cual salvo mi voto se señaló que las exigencias sobre dicho vínculo varían en la jurisprudencia internacional, llegando a concluir, a mi juicio, erróneamente, que no se requiere una cercana relación y que ello tampoco debe ser analizado al momento de discernir la calidad de crimen de guerra, pues ello ya se habría abordado al definir el factor material[163].

112. Al contrario, la jurisprudencia de la CPI advierte que el criterio es el de una relación *estrecha* entre la conducta con las hostilidades, lo que desde luego no implica que el conflicto se entienda como la *raíz de la conducta*, ni que haya tenido lugar en medio de la batalla, sino que, la relación estrecha se refiere a la importancia del conflicto en la decisión del autor, su capacidad para cometer el delito o la forma en que finalmente

---

[158] CC, Sentencia C-291 de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
[159] ICC. Trial Chamber III. *Situation in The Central African Republic*. *Case Of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016, Nº ICC-01/05-01/08, párr. 126.
[160] ICC. Trial Chamber III. *Bemba Gombo*. Judgment. 21 March 2016, párr. 137-141. Dicha decisión a su vez reitera en la materia, las sentencias de Lubanga (párr. 538) y Katanga (párr. 1187).
[161] ICC. Trial Chamber III. *Bemba Gombo*. Judgment. 21 March 2016, párrs. 139 y 140.
[162]ICC. Pre-Trial Chamber II. *Bemba Gombo*. 15 June 2009, párr. 236. Pre-Trial Chamber II. *Lubanga*. 7 February 2007, párr. 233 ss.
[163] Párrafos 56 a 59 de la decisión respecto de la cual salvo mi voto, en particular, el párrafo 59 en cuanto a la alusión a la supuesta superación del debate de la relación con el conflicto por su supuesto análisis en sede del factor material.

tuvo lugar[164]. Y además, esta relación debe haber sido considerada por el autor para que se pueda hablar de crimen de guerra, esto es, debe vincularse con el concepto moderno de culpabilidad, no, como lo observa la Sección mayoritaria, imponiendo una suerte de responsabilidad objetiva presuntamente excusada en el abordaje previo del factor material, pero completamente proscrita por el derecho penal internacional[165].

113. La jurisprudencia constitucional, reiteradamente ha sentado que de conformidad con el artículo 29 Superior y como es preciso para garantizar los fines del Estado social y democrático de derecho, en todas las modalidades del derecho sancionatorio debe tener lugar la aplicación de los principios del derecho penal, incluyendo por supuesto "*las garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada, que tienen como propósitos el respeto de los derechos fundamentales del individuo investigado y el control para que la potestad sancionatoria del Estado* ***se realice escrupulosamente dentro del marco de sus competencias legales y constitucionales***"[166].
114. De ahí que se exige la aplicación de un derecho signado por el **principio democrático de culpabilidad**, es decir que implique los siguientes elementos coexistentes: (a) un juicio de exigibilidad, o un comportamiento contrario a las normas jurídicas; (b) dentro de un proceso "*que se ha de adelantar con la observancia de las reglas constitucionales y legales que lo regulan, garantizando siempre un debido proceso y el* ***ejercicio pleno*** *del derecho de defensa que le asiste al imputado*"[167].

115. En contraste con lo señalado por la SA mayoritaria, cuando encuentra que la visión del nexo con el conflicto armado es más flexible en el TPIR, la jurisprudencia de la CPI ha reconocido con el vínculo estrecho (*closely linked)*, no directo por supuesto, con el conflicto, ha sido dispuesto desde los tribunales penales internacionales *ad hoc*. Observando dicha jurisprudencia, se ha expresado a través de diversas expresiones la necesidad de un vínculo de tal categoría. Se aludía, por tanto, a relaciones de *proximidad*, así como de *sustancialidad del conflicto*, concernientes tanto a la decisión de llevar a cabo la conducta, la capacidad de realizarla o la manera de su ejecución, así como a los factores de relación con el conflicto. Estas últimas eran cuestiones reconocidas desde la jurisprudencia del TPIY como la calidad de combatiente en el victimario, de no combatiente o de integrante de la fuerza armada contraria en el caso de la víctima, o la contribución del acto a la finalidad de una campaña militar o en el contexto de las capacidades oficiales del autor. Se insiste, es una visión acerca de la sustancialidad del conflicto o una *closely related to the hostilities* según la jurisprudencia de la CPI[168].

116. Estos últimos mecanismos de relación con el conflicto fueron consignados en la sentencia respecto de la cual salvo mi voto, particularmente en el párrafo 57, pero no

---

[164] ICC. Trial Chamber III. *Bemba Gombo*. Judgment. 21 March 2016, párr. 142.
[165] Ver, artículo 30 ER. Elemento de intencionalidad. Asimismo, algunos crímenes de guerra reclaman elementos subjetivos particulares, ya alternativos o complementarios de la anotada norma general, como en lo que corresponde a la responsabilidad de superiores jerárquicos y el crimen de guerra de tortura.
[166] CC. Sentencia T-330/07, que a su vez reitera, entre otras, las siguientes decisiones: Sentencias C-155/02; C-306/96; C-280/96 y C-195/93.
[167] CC. Sentencia C-310 de 1997.
[168] ICC. Pre-Trial Chamber I. *Abu Garda*. 8 February 2010, párrs. 90-137, que reitera la decisión ICC-01/04-01/06-803-tEN, para. 288 (Lubanga).

tuvieron aplicación en el caso, pues la SA mayoritaria, decidió que ello implicaba que no se requiere la verificación de la conexión entre los actos del procesado y el conflicto, por el vago argumento de que eso ya tuvo lugar en el análisis del factor material. Esto equivale nada menos que al entronización de una responsabilidad de índole objetiva, no solo rechazada por el estado de derecho, sino además por todos los tribunales penales internacionales, así como por el DIDH.

117. Adicionalmente, no sobra advertir que la dinámica de establecimiento de la relación con el conflicto armado en tanto la identificación de los crímenes de guerra, suele variar en referencia a la determinación realizada en la JPO. Por ejemplo, el homicidio está consagrado como conducta punible en el Código Penal colombiano como ocurre con los principales sistemas jurídicos de occidente. Pero ello no es suficiente para concluir que se trata de un crimen de guerra, labor que exige *ingresar* en la conducta punible a fin de determinar si desde una perspectiva objetiva y subjetiva, está vinculado con el conflicto armado, así como establecer si las víctimas tienen un carácter protegido y si dicha cuestión fue considerada desde una perspectiva objetiva y subjetiva por el responsable. Sobre estos aspectos, ni se abordó, ni se contaba con el material probatorio suficiente tanto en la SAI como en la SA, cuestiones que también edifican mi obligación ético jurídica de Salvar el voto.

SOBRE LA CALIDAD DE PERSONA PROTEGIDA DE UN INTEGRANTE DE LA POLICÍA NACIONAL

> Uno de las reglas esenciales del derecho internacional humanitario es el principio de distinción, según el cual las partes en conflicto deben diferenciar entre combatientes y no combatien-tes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica. Y esto tiene una razón elemental de ser: si la guerra busca debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas (población civil), ya sea porque han dejado de combatir (enemigos desarmados), puesto que ellos no constituyen potencial militar. Por ello, el derecho de los conflictos armados considera que los ataques militares contra esas poblaciones son ilegítimos, tal y como lo señala el artículo 48 del protocolo I, aplicable en este aspecto a los conflictos internos, cuando establece que las partes "en conflicto harán distinción en todo momento entre pobla-ción civil y combatien-tes, y entre bienes de carácter civil y objeti-vos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones única-mente contra objetivos militares"[169].

118. Un escenario que requiere una particular atención es de la calificación como persona protegida, porque como es sabido, **sin un ataque contra personas o bienes protegidos, no puede hablarse de grave infracción al DIH y menos aún de un crimen de guerra**[170]. Asimismo, como ha corroborado la jurisprudencia constitucional, "*las partes en conflicto no pueden definir a su arbitrio quien es o no combatiente, y por ende quien puede ser o no objetivo militar legítimo*"[171]. Pero ello tampoco es posible determinarlo con

[169] CC. Sentencia C-225 de 1995, MP: Alejandro Martínez Caballero, párr. 28.
[170] ICC. Pre-Trial Chamber I. *Abu Garda*. 8 February 2010, párr. 787.
[171] CC. Sentencia C-225/95, párr. 29.

fundamento en una presunción construida artificialmente por la mayoría de la Sección de Apelación para trocar un caso que requiere indagación y recaudo probatorio, en un crimen internacional. Sobre este aspecto, crucial en el caso del señor GUZMÁN DÍAZ, retornaré en el siguiente capítulo.

119. Debo iniciar destacando que el ER no incorpora una única visión de persona protegida. Las distinciones se refieren a categorías como: (i) personas protegidas en contextos de CAI, por alguno de los Convenios de Ginebra de 1949 (Art. 8(2)(a) ER); (ii) personas cuya protección se vincula con el Art. 3 Común, esto es, que no participen directamente en las hostilidades, incluyendo los integrantes de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, así como quienes han sido puestas fuera de combate (Art. 8(2)(c) ER); (iii) personas protegidas en relación con otras violaciones de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales desde la perspectiva del PAII (Arts. 8(2)(b) ER) y no internacionales (Art. 8(2)(e) ER).

El tipo de protección dada a civiles e incluso a combatientes, se corresponde con su actuación en la realidad del conflicto

120. Como hemos observado a esta altura del análisis, son numerosas las normas del DIH que emergen de su necesaria verificación en la realidad y que permiten diferenciar la cuestión del origen de determinado actor, de **su desempeño en las hostilidades,** situación de la que surge, en la mayoría de las ocasiones, su calidad o no de persona protegida. Entre estas se destaca la inexistencia de una lógica de reciprocidad para que se genere la *obligación de respetar y hacer respetar* el DIH [172] así como cuestiones como que, la categoría de Fuerzas Armadas bajo el DIH comprende tanto las de origen estatal y las disidentes, como desarrolla, en términos del CANI el artículo 1 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra[173].

121. Dicha conclusión emerge de dos cuestiones: de la realización del DIH sobre la realidad, como ya lo acotamos, es decir, la existencia de un conflicto armado y la calidad de los contendientes no surge de las consideraciones que estos ofrezcan de sí mismos, ni de la calificación que hagan los perpetradores en relación con las víctimas[174], ni menos aún de la perspectiva de quienes detenten el poder estatal en un momento determinado. Desde luego que el Derecho Internacional ofrece algunos ejemplos de retracción de ciertos Estados a reconocer que agentes nacionales son ***verdaderos combatientes*** a la

---

[172] De conformidad con el párrafo 3 del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra, así como del párrafo 5 del artículo 60 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, postura de Yuval Shany que compartimos. Sassòli, Mi. & Snay, Y. (2011). Debate: Should the obligations of states and armed groups under international humanitarian law really be equal? *International Review of the Red Cross, 93 (882) (pp. 425).* Sassòli, Marco; Bouvier, Antoine & Quintin, Anne. (2012) *Un droit dans la guerre? Cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la práctique contemporaine du droit international humanitaire*. Vol. I, Seconde édition. Ginebra: CICR.

[173] "*los conflictos que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo*". AV de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano a los Autos TP-SA 144 de 2019 y TP-SA 057 de 2018, entre otros.

[174] POr ejemplo, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, desde hace varios años y hasta la actualidad ha sido clara en que para la calificación de un delito como vinculado con el conflicto armado, resulta irrelevante la calificación que haga el autor respecto de sus víctimas. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de enero de 2010, Rad. 29563, MP: José Leonidas Bustos.

luz del derecho humanitario internacional, pero ello ha sido debidamente tratado tanto por el DIH como por el derecho penal internacional.

La calidad de combatiente o de persona protegida, no emerge de su origen legal sino que se desprende de su intervención en las hostilidades

122. El cumplimiento del deber de reconocer los crímenes de guerra, exige recordar que limitarse al origen legal o ilegal de determinado partícipe en las hostilidades como fundamento de la calidad de su concurrencia a la realización del DIH, **resulta una sinrazón que sencillamente troca la funcionalidad de esta rama del derecho internacional**, cuestión sobre la que ya la doctrina internacionalista ha llamado a aplicar las respectivas cautelas como se abordó al discutir el principio de legalidad, sobre lo cual, la Corte Constitucional ha señalado con absoluta claridad:

> 1.4. Independencia de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y del reconocimiento de la legitimidad de las razones invocadas por las partes y de su status ante el Derecho Internacional Público.
>
> La aplicación del Derecho Internacional Humanitario es independiente de las razones de fondo que motivaron el conflicto armado y del status de los grupos armados no estatales que en él participan ante el Derecho Internacional Público. En efecto, la aplicación del Derecho Internacional Humanitario no implica un reconocimiento ni de la legitimidad de las razones o causas invocadas por los grupos armados disidentes que toman parte en los conflictos armados, ni tampoco –desde ninguna perspectiva- un reconocimiento de insurgencia o de beligerancia a la luz del Derecho Internacional Público. El Instituto de Derecho Internacional precisó en 1999 que "la aplicación de tales principios y reglas no afecta el status legal de las partes del conflicto, y no depende de su reconocimiento como beligerantes o insurgentes".[175]

123. Esta misma lógica, explica el surgimiento desde 1994, de la *Convención sobre el personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado*[176], que estableciendo que no se aplica "*a las operaciones de las Naciones Unidas autorizadas por el Consejo de Seguridad como medida coercitiva, de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, en las que cualesquiera miembros del personal participen como* ***combatientes*** *contra fuerzas armadas organizadas, a las que se aplica el derecho relativo a los conflictos armados internacionales*". Cláusula que ha sido interpretada por el CICR en el sentido de que el DIH se aplica al contratarse por las Naciones Unidas personal como combatiente contra fuerzas armadas organizadas y se vincula, *v.gr.*, con la cuestión de la aplicación del DIH a las fuerzas Naciones Unidas que participan como combatientes en conflictos armados[177].

---

[175] Corte Constitucional, Sentencia C-291/07.

[176] Aprobada por consenso de la Asamblea General el 9 de diciembre de 1994. Res. A/RES/49/59 del 17 de febrero de 1995.

[177] Tanto Greenwood como más contemporáneamente, Grenfell, coinciden en que dichas fuerzas son combatientes cuando participan en relación con conflictos armados y por ello se integran en la aplicación del DIH. Greenwood, C. (1998). "International Humanitarian Law and United Nations Military Operations" *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1, 3-34. Grenfell, Katarina. "Perspective on the applicability and application of international humanitarian law: the UN context". (2014). *International Review of the Red Cross* (2013), 95 (891/892), 645–652.

124. Contemporáneamente no existe duda sobre si las fuerzas de las Naciones Unidas deben observar el derecho humanitario internacional,[178] como lo corroboran los Artículos 8(2)(b)(iii) and 8(2)(c)(iii) del ER, referidos a CAI y CANI, al establecer que los ataques contra las fuerzas de paz, en CAI y CANI, **no serán crímenes de guerra si la operación de mantenimiento de la paz se constituyó en parte del conflicto**[179]. Esta cuestión pone de presente que las jurisdicciones nacionales para determinar la existencia de los crímenes de guerra, deben estructurar dicha configuración punitiva en términos de legalidad estricta, reconociendo por tanto, el principio de distinción. Otro ejemplo de que el DIH tiene lugar sobre situaciones reales, no en relación con las idealidades que pudiesen ser preconstituidas para la su aplicación.

125. En suma, como lo he observado en otros votos disidentes, el principio nuclear de distinción[180] determina que quienes integran las fuerzas armadas en sentido general, son denominados *combatientes*, es decir, aquellas personas que bajo ese axioma, no son titulares de la protección que el DIH reconoce a los civiles, pero ello tampoco implica, como erróneamente lo señala la providencia sobre de la cual salvo mi voto, que el combatiente no sea titular de la protección respectiva a su condición bajo el DIH. Al contrario, esta normativa resalta que pueden resultar ilícitos los ataques que, si bien se han dirigido contra objetivos militares, producen daños colaterales excesivos, y también se involucran dentro del ER como infracciones graves.

Las personas protegidas son aquellas que no participan directamente en las hostilidades y quienes hayan quedado fuera de combate

126. El derecho humanitario internacional dispone, al contrario de lo interpretado por la Sección mayoritaria y la SAI, que la condición de **combatiente** sea incluso, de un **organismo estatal o paraestatal no integrante, en principio, de las Fuerzas Armadas**, se hace desde su efectiva intervención en las hostilidades. Esta es una antigua norma que inicialmente se refería a los conflictos armados no internacionales y que en la actualidad también resulta de la aplicación del principio de distinción como se corrobora con el *Comentario al Protocolo II*, del Comité Internacional de la Cruz Roja:

> 4462. Hay que entender la expresión "fuerzas armadas" de la Alta Parte Contratante en su **acepción más amplia**. En efecto, se la ha escogido de preferencia a otras propuestas –

[178] Grenfell, Katarina. "Perspective..., 649.
[179] Gravedad y que tengan lugar como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de los crímenes de guerra, son los elementos que el tratadista Olásolo Alonso extracta a partir del contenido de los artículos 8.1 y 17 (1) (d) ER elementos referidos al umbral de gravedad necesario para el ejercicio de la jurisdicción material del tribunal internacional sobre dichos crímenes internacionales. Olásolo Alonso. *Ataques…* pp. 305-308.
[180] Constituye una norma de derecho imperativo internacional y posee un carácter perentorio de conformidad con lo reconocido por la CC. El principio de distinción es uno de los axiomas nucleares del DIH en su dimensión convencional y consuetudinaria, así como norma de ius cogens o derecho imperativo internacional. Junto a los principios de precaución y el principio humanitario, tienen un carácter perentorio e imperativo e integra el bloque de constitucionalidad. Al respecto: Henckaerts, & Doswald-Beck. (2007). *El Derecho...*, pág. 8. CC. Sentencia C-291/07, MP Manuel José Cepeda Espinosa, considerando 2.2. Ver entre muchas otras, las sentencias T-280A/16, MP. Luis Ernesto Vargas Silva; C-1189/00, MP. Carlos Gaviria Díaz; C-156/99, MP Martha Victoria Sáchica Méndez; C-225/95, MP Alejandro Martínez Caballero; y C-574/92, MP. Ciro Angarita Barón.. La jurisprudencia constitucional ya se ha pronunciado sobre el rango de normas de *ius cogens* de los principios nucleares del DIH, por lo tanto, integrados al bloque de constitucionalidad. Ver, entre otras decisiones: CC. Sentencia C-291/07, MP. Manuel José Cepeda Espinosa; C-225/95, MP. Alejandro Martínez Caballero y C-574/92.

> como fuerzas armadas regulares, por ejemplo– con el fin de cubrir todas las fuerzas armadas, también aquellas que ciertas legislaciones nacionales no incluirían en la noción de ejército (Guardia Nacional, Carabineros, fuerzas de Policía y cualquier otro organismo similar)[181].

127. El artículo 8(2)(c) ER establece que las víctimas como personas protegidas son las "*personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa*"[182]. La jurisprudencia de la CPI, en atención al artículo en general, señala que contempla los crímenes que han sido cometidos **únicamente** contra dichas personas y que la condición de persona protegida a la que se alude, **deberá ser verificada** por las salas como un elemento constituyente de los delitos específicos[183].

128. La norma del ER se refiere, en términos generales a personas que no han tomado parte activa en las hostilidades y dentro de ella, incluye a ***no combatientes***, esto es, personas civiles -desde algunas interpretaciones[184]-, así como aquellas que perteneciendo a las fuerzas armadas, se encuentran *hors de combat*, fuera de combate[185]. Si bien los EC se refieren a la situación *hors de combat* en referencia inicial a las personas protegidas, "*que esa persona o personas hayan estado **fuera de combate** o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades*"[186], la jurisprudencia de la CPI aplica la condición de *fuera de combate* a quienes integran las fuerzas armadas[187]. Este desarrollo del principio de distinción, se ha verificado, entre otros, dentro de la Situación de Darfur, en el caso de Abu Garda, donde se señaló que la víctima de los crímenes de guerra bajo el artículo 8(2)(c)(i) debe estar fuera de combate o considerarse un personal civil, médico o religioso que no participe activamente en las hostilidades.[188]

129. La lectura de la norma, también en su versión oficial en inglés, pone de presente que la situación "*hors de combat*" o *fuera de combate*, se predica en específico de los miembros de las fuerzas armadas en combate, lo que se corrobora con la revisión de la categoría en las fuentes de derecho consuetudinario internacional que utilizan

---

[181] Sandoz, Yves; Swinarski, Christophe y Zimmermann, Bruno. (1998). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949*. Tomo II. Santa Fe de Bogotá: CICR y Plaza y Janés Editores, párr. 4462. (negrillas del texto original).

[182] De conformidad con el ER: "*acts committed against persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention or any other cause*"

[183]ICC. Pre-Trial Chamber II. *Bemba Gombo*. 15 June 2009, párr. 237, 275 y 304.

[184] En la Norma 1 de la compilación de derecho consuetudinario internacional del CICR, principio de distinción, se señala: "*Esta norma se enuncia a veces en otros términos, en particular como principio de distinción entre combatientes y no combatientes, de modo que los civiles que no participan directamente en las hostilidades están incluidos en la categoría de no combatientes*". Henckaerts, & Doswald-Beck. (2007). *El Derecho…,* pág. 7. La jurisprudencia constitucional entiende por *no combatientes* a quienes han participado en las hostilidades, pero han sido puestos fuera de combate. CC. Sentencia C-291/07, considerandos 3.3.3 y 3.4.6.

[185] Se trata de una distinción entre combatientes y no combatientes que se remonta al Reglamento de la Haya en relación con los CAI. En la Norma 3 de la compilación de derecho consuetudinario internacional del CICR, se señala: "*Todos los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto son combatientes, excepto el personal sanitario y religioso*". Henckaerts, & Doswald-Beck. (2007). *El Derecho…,* pág. 75.

[186] Señalan los EC: "*Such person or persons were either hors de combat, or were civilians, medical personnel, or religious personnel taking no active part in the hostilities*".

[187] ICC. Situation in the Democratic Republic of the Congo. *Case of The Prosecutor v. Germain Katanga.* Judgment pursuant to article 74 of Statute. 7 March 2014, Nª ICC-01/04-01/07, párr. 785.

[188] ICC. Situation in Darfur. Case of Abu Garda. Decision on the Prosecutor's Application under Article 58, PÁRR. 14-15

expresiones con tal connotación como *"enemigo" "depuesto" "rendido"*, entre otras[189]. La norma 47 de derecho consuetudinario internacional señala que está fuera de combate "*toda persona: a) que está en poder de una parte adversa; b) que no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o c) que exprese claramente su intención de rendirse; siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse*". La situación fuera de combate (*hors de combat*) implica al personal "médico o religioso", como se advierte con claridad del texto original en inglés de los EC de la CPI: "*medical personnel or religious personnel not taking an active part in the hostilities*")

130. Esta cuestión es de importancia en el caso que nos ocupa, pues los EC también exigen, en relación con la norma que nos sirve de referencia (Artículo 8(2)(c)(i)-1(2)), que debe probarse que el autor cumplió los diferentes elementos del factor subjetivo. La mayoría de la SA no precisaba entrar en una extraña declaración genérica como persona civil, para encontrar que potencialmente podría señalarse la existencia de una infracción al DIH y un eventual crimen de guerra bajo el Estatuto de Roma. **Requería en realidad, de medios de prueba, vacío que de nuevo se pretendió llenar por la SA mayoritaria fundando calificaciones desde su particular perspectiva, sin tener además en consideración cuáles de estas cuestiones en relación con el tipo subjetivo, habían tenido existencia en el proceso[190]**. Al respecto señaló la ICC en la confirmación de cargos de Abu Garda:

> El Artículo 13 (3) del APII establece que "los civiles gozarán de la protección que brinda la [Parte IV del Protocolo], a menos y durante el tiempo que participen directamente en las hostilidades" [énfasis agregado]. La misma exclusión se aplica, en virtud del artículo 2 (2) de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, al personal contratado como combatientes.
>
> A este respecto, el artículo 50 (1) de PAI define a los civiles como "cualquier persona que no pertenezca a una de las categorías de personas mencionadas en el Artículo 4 (A) (1), (2), (3) y (6) de la Tercera Convención y en el Artículo 43 de este Protocolo ".
>
> Por otro lado, ni el derecho convencional ni el derecho consuetudinario definen expresamente lo que constituye una participación directa en las hostilidades. Sin embargo, el Comentario al artículo 13 del PAII proporciona orientación sobre su significado. Según el Comentario, "las hostilidades se han definido como 'actos de guerra' que por su naturaleza o propósito golpearon al personal y al 'matériel' de las fuerzas armadas enemigas". El Comentario además indica que tomar parte directa en

[189] Señala la compilación de DIH. "*El Reglamento de La Haya establece que está especialmente prohibido "[d]ar muerte o herir a un* ***enemigo*** *que habiendo depuesto las armas o no teniendo medios para defenderse se haya* ***rendido*** *a discreción*". Henckaerts, & Doswald-Beck. (2007). *El Derecho…*, pág. 244.

[190] La ausencia del material probatorio requerido para tomar una decisión es expresamente reconocida por la SA mayoritaria en el párrafo 90 de la decisión: "*90. Frente a la imposibilidad de demostrar que la víctima hubiese tomado parte directa en las hostilidades o que su unidad hubiese sido incorporada de facto a las Fuerzas Militares, corresponde a la SA aplicar una interpretación que tenga en cuenta los derechos de las víctimas. En el presente caso, estos derechos están mejor protegidos si se parte de la concepción general de que el uniformado estaba protegido por el DIH como persona civil. En beneficio de esta interpretación está el hecho de tratarse de una estación de policía y no de una unidad especializada y no existir prueba alguna de que la víctima hubiese participado en combate alguno o de que de alguna manera hubiese tomado parte en las hostilidades, ya que el homicidio ocurrió cuando se desplazaba hacía su casa y sin uniforme. La SA y la Sala de Justicia intentaron obtener los elementos de prueba que permitieran establecer con toda claridad si el señor Bohórquez Páez estaba dentro de alguna de las excepciones a la condición de civil y, por ello, de persona protegida. Esto no fue posible, por lo que su condición de civil no fue desvirtuada. En síntesis, no hay evidencia dentro del proceso de que el señor Bohórquez Páez hubiese tomado parte directa en las hostilidades o de que la unidad de la cual formaba parte hubiese sido incorporada de iure o de facto a las fuerzas militares. Ante la ausencia de tal prueba, se debe dar aplicación a la concepción general en beneficio de la condición de personas civiles de los miembros de la Policía Nacional.*"

> las hostilidades "implica que existe una relación causal suficiente entre el acto de participación y sus consecuencias inmediatas".
>
> Además, en la Sentencia de Apelación en el caso Strugar, el TPIY dio ejemplos de "participación directa en hostilidades", como se reconoce en "manuales militares, soft law, decisiones de organismos internacionales y los comentarios a los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales". Estos ejemplos incluyen: soporte; usar o tomar armas, participar en actos, actividades, conductas u operaciones militares u hostiles, luchas o combates armados, participar en ataques contra personal, propiedad o equipo enemigo, transmitir información militar para el uso inmediato de un beligerante y transportar armas en proximidad a las operaciones de combate[191].

131. Así, observando algunas diferencias del encabezamiento del artículo 8(2)(c)[192], la jurisprudencia de la CPI, ha concluido en relación con dicha norma: (i) que el artículo 3 Común alude como civiles a las personas que no son miembros de las fuerzas armadas[193]; (ii) la participación en las hostilidades que excluye de la protección, debe ser ***directa***, por lo que la norma equivale al asesinato intencional del artículo 8(2)(a)[194] ER. No se trata de una participación activa, sino *directa* en las hostilidades y solo durante la *duración* de dicha intervención[195]; (iii) *la participación directa* en las hostilidades se define en el Art. 13(3) del PA II como los **actos de guerra que, por su naturaleza o propósito atacan el personal y el material de las fuerzas armadas enemigas**.

132. Desde luego, se insiste, un proceso penal que como el del caso que nos ocupa, fue realizado en la JPO bajo la égida del derecho penal nacional, no permite determinar la verificación de estos elementos por lo que la decisión debió implicar la configuración del material probatorio suficiente para encontrar evidenciados los elementos materiales objetivos y subjetivos, estos últimos sólo excluyendo el aspecto de *gravedad*, que como señalé, no se incorpora en el tipo objetivo para establecer o no la existencia del crimen de guerra aludido.

> *El cumplimiento de los elementos subjetivos del crimen de guerra establecido en el artículo 8(2)(c)(i)*

---

[191] ICC. Pre-Trial Chamber I. ICC-02/05-02/09, págs. 78-81. Traducción libre. El texto original señala: "78. Article 13 (3) of APII provides that "civilians shall enjoy the protection afforded by [Part IV of the Protocol], *unless and for such time* as they take a direct part in hostilities" [emphasis added]. The same exclusion applies, under article 2 (2) of the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel, to personnel engaged as combatants. // 79. In this respect, article 50(1) of API defines civilians as "any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in Article 4 (A) (1), (2), (3) and (6) of the Third Convention and in Article 43 of this Protocol." // 80. On the other hand, neither treaty law nor customary law expressly define what constitutes direct participation in hostilities. However, the Commentary to article 13 of APII provides guidance as to its meaning. According to the Commentary, "[h]ostilities have been defined as 'acts of war' that by their nature or purpose struck at the personnel and 'matériel' of enemy armed forces." The Commentary further indicates that taking direct part in hostilities "implies that there is a sufficient causal relationship between the act of participation and its immediate consequences." // 81. Furthermore, in the Appeal Judgement in the Strugar case, the ICTY gave examples of "direct participation in hostilities", as recognised in "military manuals, soft law, decisions of international bodies and the commentaries to the Geneva Conventions and the Additional Protocols". These examples include: bearing; using or taking up arms, taking part in military or hostile acts, activities, conduct or operations, armed fighting or combat, participating in attacks against enemy personnel, property or equipment, transmitting military information for the immediate use of a belligerent, and transporting weapons in proximity to combat operations". (cursivas dentro del texto).

[192] A partir de las traducciones francesa e inglesa del artículo.

[193] ICC. Trial Chamber II. *Katanga*, 7 March 2014, párr. 788.

[194] A ello se procede con fundamento en una labor interpretativa que implica que la CPI priorice la introducción del artículo, coherente con el artículo 3 Común, base de la norma. ICC. Trial Chamber II. *Katanga*, 7 March 2014, párr. 789.

[195] ICC. Trial Chamber II. *Katanga*, 7 March 2014, párr. 790.

133. Como anoté, el umbral de gravedad de la conducta no es un elemento contextual de los crímenes de guerra, sino que hace parte del análisis de competencia general que debe ser llevado a cabo para estimar la existencia de crímenes internacionales de conformidad con el ER de la CPI. De ahí que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, esta cuestión no deberá ser abordada en relación con los elementos subjetivos de los crímenes de guerra.

134. Siguiendo la normativa así como la jurisprudencia de la CPI, debe corroborarse que de conformidad con el artículo 30 del ER, si el crimen de guerra fue realizado con intención y conocimiento, de forma que además de las verificaciones en términos de responsabilidad de un homicidio que se procesa de ordinario en el derecho nacional, se debe verificar, el contenido del artículo 8(2)(c)(i)-1 de los EC. En relación con ello, debo destacar, que debió probarse que el procesado era consciente, entre otras cuestiones, de las circunstancias de hecho (fácticas) que establecieron el estado protegido de las víctimas[196], asunto que no fue verificado en el caso, por lo que resta el recaudo de medios probatorios suficientes para tales efectos. Y sin lugar a dudas no puede darse por probado con la referencia genérica a la sentencia condenatoria en la JPO debido a que dicho procedimiento no se discutió tal calidad de la víctima ante el DIH ni el grado de consciencia del señor GUZMÁN al respecto.

135. A esto se suma, la particularidad que de conformidad con los hallazgos hechos constitucionalmente y en la jurisprudencia nacional, bajo el DIH un integrante de la policía nacional puede considerarse un combatiente, y no por vía de excepción como inicialmente fue anotado por la SAI, asunto del que me ocuparé de inmediato.

Acerca de la participación de la Policía Nacional en el conflicto armado colombiano

136. En línea con el ejemplo aludido previamente, relativo a la calidad de combatientes de las fuerzas de Naciones Unidas de conformidad con su participación en las hostilidades, la jurisprudencia constitucional colombiana señala que, por las condiciones del conflicto colombiano, los integrantes de la Policía Nacional deben considerarse como **combatientes, en principio**[197]. Esta línea argumentativa se sintetiza en las siguientes cuestiones dentro de la jurisprudencia constitucional:

(a) se reconoce la naturaleza civil de la Policía Nacional, pero al mismo tiempo, que existe una "*zona gris*", advertida por el Constituyente de 1991, "*situada en los límites entre lo militar y lo civil, y la defensa y la seguridad dentro del contexto social colombiano, y estableció una regulación constitucional que intenta conciliar las aspiraciones ideales y las necesidades coyunturales*"[198]. Sobre este aspecto, la SAI como la SA mayoritaria contaban con el

[196] ICC. Trial Chamber II. *Situation in the Democratic Republic of the Congo. Case of The Prosecutor v. Germain Katanga*. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. 7 March 2014. Nº ICC-01/04-01/07, párr. 793 ss.
[197] Ello corresponde con la realidad del conflicto colombiano, si bien no impide perder de vista que dicha institución debería retornar a un ejercicio completo de su primigenia naturaleza civil, porque incluso, constitucionalmente se han advertido los elementos que permiten concluir que no tiene en la realidad del conflicto, un carácter civil.
[198] Postura iniciada con la sentencia C-453/94, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz: "3. *Estas circunstancias han determinado la existencia de una especie de "zona gris" o "frontera" en la cual se superponen los criterios de seguridad y defensa. Una parte de la doctrina sostiene que la ambigüedad propia de esta zona límite, es el resultado de la realidad social impuesta por los grupos armados que operan contra el Estado. El*

contenido del informe de la UIA del 4 de julio de 2019, no obstante, fue ignorado en las dos decisiones correspondientes[199].

(b) se resalta que no obstante su naturaleza civil, los delitos cometidos por sus miembros en servicio activo y por razón del mismo, son de conocimiento de los tribunales militares y no de las autoridades civiles[200].

(c) progresivamente se admite que el conflicto armado colombiano "*impide que se pueda clasificar el cuerpo de policía como una institución de naturaleza enteramente civil desde un punto de vista normativo*"[201], encontrándose que la policía en razón del conflicto armado colombiano se "*ubica dentro de la categoría de población combatiente*"[202].

137. En concordancia con ello, al revisar la normativa y jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* se observa cómo: (1) en el marco de un conflicto armado, cuando las fuerzas de policía tienen actividad de combatientes, si se encuentran en unidades que únicamente están encargadas del mantenimiento del orden público, ya no constituyen objetivos militares bajo el derecho internacional[203]. Es decir, precisamente la lógica contraria a la establecida en la Sentencia en relación con la cual salvo el voto, donde se informa una suerte de reconocimiento residual de la calidad de combatiente, contrario a lo determinado en la realidad colombiana. (2) Si bien se advierte que en principio las fuerzas policiales no hacen parte de la concepción de *fuerzas armadas ante el DIH* en términos generales, esto tiene lugar siempre y cuando se limiten a velar por el orden público, pues no tienen derecho a participar en las hostilidades ni pueden ser objeto de ataque. (3) Se entiende que la "*condición de combatiente se mantiene durante las veinticuatro horas del día y hasta que se deja de pertenecer a los cuerpos (...), de manera que las muertes o lesiones ocasionadas a sus miembros cuando se encuentren durmiendo o de permiso no podrán incluirse en la columna de daños civiles colaterales. Como tampoco podrán incluirse en dicha columna las muertes o lesiones ocasionadas a personas que sin pertenecer a ninguno de los cuerpos arriba mencionados estuviesen participando directamente en las hostilidades (...)* [salvo] *los supuestos en que personas no combatientes actúan en legítima defensa para salvar sus vidas o las de terceros ante el uso ilícito de la fuerza armada por el enemigo*"[204].

138. Lo anterior implica que la comprensión como *combatiente* de la Policía Nacional, ha sido reconocida constitucionalmente y también emerge del DIH respecto de las

---

fenómeno de la militarización de la policía - esto es, la adopción de armas y actitudes propias de la táctica bélica -, según este punto de vista, corresponde a la adaptación que dicho cuerpo debe sufrir para cumplir sus objetivos en condiciones de perturbación del orden público. Es la gravedad de los delitos y de las amenazas lo que determina el papel defensivo y no meramente preventivo de la policía". Ver asimismo: Sentencias C-281/17, MP. Aquiles Arrieta Gómez; T-280A/16, MP. Luis Ernesto Vargas Silva; T-1206/01, MP. Rodrigo Escobar Gil; C-444/95, MP. Carlos Gaviria Díaz.

[199] Es relevante indicar al respecto que el informe de la UIA contiene en su cuerpo datos relevantes sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la zona gris, los cuales no se incluyeron en el acápite de conclusiones, en el cual primó una aproximación formal.

[200] CC. Sentencia C-444/95.

[201] CC. Sentencias T-280A/16; T-1206/01.

[202] CC. Sentencias T-280A/16; T-1206/01.

[203] Elementos de los crímenes del ETPIY, nota al pie 45, referido por Olásolo, Ataques…, p. 74.

[204] Olásolo, Ataques…, p. 127.

actuaciones que se desarrollan en las hostilidades. En efecto, puede bien advertirse que aún considerando como combatiente a un integrante de la Policía Nacional, esta persona puede convertirse en *no combatiente*. Sin embargo, caso a caso debe revisarse su condición, porque siendo combatiente, puede entrar en alguna condición de *fuera de combate*, o, por el contrario, en atención a las labores que desarrolle, como la prestación de servicios de inteligencia, podría considerarse que participa directamente en las hostilidades. Así lo expone con claridad Olásolo Alonso:

> En consecuencia, tanto el quién como el porqué del recurso a la fuerza armada son completamente irrelevantes al analizar si las partes contendientes se conducen en un conflicto armado de conformidad con el derecho internacional humanitario. En realidad, una vez que ha comenzado el conflicto, las partes contendientes pueden en todo momento tomar el control del territorio del enemigo y los miembros de sus fuerzas armadas tienen el derecho a realizar actos de violencia contra aquellas personas y bienes pertenecientes a la parte adversa que constituyen objetivos militares (combatientes, no combatientes que toman parte directa en las hostilidades y ciertos bienes e infraestructuras). Por lo tanto, no se comete infracción alguna por disparar primero, y los combatientes enemigos - o las personas que sin tener la condición de combatientes participan directamente en las hostilidades - constituyen objetivos lícitos durante las veinticuatro horas del día con independencia de si se encuentran armados o no. Así, la principal diferencia entre las situaciones de combate en un conflicto armado y las actividades de policía es que en las primeras los combatientes tienen el derecho a disparar primero y a continuar disparando hasta que el enemigo se rinda[205].

139. Los mecanismos, en el contexto de un estado de derecho para determinar los diferentes elementos de configuración de un crimen de guerra en relación con una persona, y no con entidades abstractas como se ha señalado desde Nuremberg, se constituyen por una suficiente actividad probatoria, con respeto en términos de seriedad a un debido proceso e incluyendo el derecho aplicable, que desde la trascendentalidad del principio de legalidad no está sometido a la selección casi que fortuita de las fuentes aplicables a los casos, aún si nos encontramos en alguna de las expresiones de la aludida justicia transicional.

140. Además, como ya se observó, la calidad de persona protegida de una víctima de homicidio es insuficiente para determinar la verdadera existencia de un crimen de guerra[206]. Es decir, y sobre ello debo ser particularmente insistente, se pone de relieve un asunto central en la aplicación del DIH, y es que la calidad de combatiente no emerge de la legalidad ni la justeza de las causas que digan defender quienes intervienen en las hostilidades, sino que depende de la actuación real que desarrollen dentro de las hostilidades. Este asunto central se opone a una interpretación distante del DIH, que parece haber impresionado negativamente a la mayoría de la Sección llevándole a determinar una regla general, ya de suyo contradictoria con el principio de distinción: que un ente de naturaleza civil ante la ley nacional, pero que constitucionalmente se ha

[205] Olásolo, Ataques…, p. 19.
[206] Por ejemplo, como analicé, debe indagarse en los crímenes de guerra que pueden tener lugar durante los CANI, establecidos en los artículos 8(2)(c) y 8(2)(e). En relación con la primera normativa, se refieren a hechos punibles internacionales dirigidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades y a no combatientes, en tanto que el artículo 8(2)(e) se refiere a personas y bienes protegidos por la norma específica del derecho internacional humanitario cuya infracción grave tipifican.

reconocido que debe considerarse como combatiente en el contexto del CANI colombiano, debe entenderse como civil, salvo prueba en contrario, ante el derecho de los conflictos armados porque la JEP es un escenario de justicia transicional que puede desarrollar una calificación jurídica propia.

141. Semejante conclusión, desde luego, ignora incluso que tanto Constituyente como el legislador incorporaron como sujetos de los beneficios transicionales a los miembros de la Policía Nacional englobados dentro del concepto de Fuerza Pública, reconociendo de esa forma que, para efectos de cobijar a los agentes del estado que toman parte del CANI, es insuficiente que concurran al SVJRNR las Fuerzas militares.[207]

142. Tampoco ha sido problemático para la SA, al momento de conceder beneficios a estas personas o reconocerles como comparecientes obligatorios, que miembros de la Policía Nacional hayan cometido delitos relacionados con el conflicto armado. Al contrario, su desarrollo jurisprudencial hasta hoy parece abiertamente consciente del rol que ha desempeñado la Policía Nacional, entre otras instituciones formalmente de carácter civil, en el CANI y el potencial aporte que sus miembros pueden hacer a la verdad.[208]

Conclusiones preliminares acerca de los elementos del crimen de guerra de homicidio bajo el Estatuto de Roma de la CPI

143. Recapitulando lo planteado en el acápite anterior y en el presente debo dejar claro que sólo estableciendo la relación entre el conflicto armado y la conducta típica por una parte, así como el carácter o no de una persona protegida, acaso se tendrán dos de los elementos de carácter material abarcados en el tipo objetivo. Desde mi perspectiva, la mayoría de la Sección de Apelación consideró que limitarse, al *particular* análisis que realizó de estos dos aspectos, era suficiente para tener como evidenciados, también, los elementos del tipo subjetivo que implican, nada menos que cuestiones como que el procesado haya realizado la conducta punible bajo la comprensión de un marco: el ataque como combatiente o la determinación de causas eximentes de responsabilidad[209] relativas a la propia categoría de crimen de guerra, pues desde el propio TPIY, se señaló que para determinar la responsabilidad penal individual en un

---

[207] Véase artículos 56 y siguientes de la Ley 1820 de 2016; artículos 5 y 21 transitorios introducidos por el AL01/17 .

[208] Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, auto TP-SA 401 de 2020 en el asunto de Miguel Segundo Maza Márquez pár. 13.4.3.3.6 "*Demostrado como está que la CSJ formuló un reproche penal en contra de Miguel Alfredo MAZA MÁRQUEZ teniendo en cuenta las actividades por él desplegadas en el marco del conflicto armado,* ***considera la SA que dicha conclusión se ve reforzada por el hecho de que, además de que el peticionario era integrante de la Policía Nacional, desplegaba sus funciones como director del DAS, que era una institución encargada de llevar a cabo actividades relacionadas con el orden público y con la lucha contra la subversión, todo lo cual fue materia de reflexión en el fallo proferido por la máxima autoridad de la JPO.*** *En concordancia con dicho razonamiento, la SA ya ha tenido la oportunidad de destacar el carácter complejo del CANI y, a la sazón de dicha consideración, ha admitido la comparecencia de personas en razón del papel que, desde el punto de vista de la verificación del factor material de competencia, ese departamento administrativo desempeñó en el marco de la confrontación bélica"*

[209] El art. 31 del ER agrupa las circunstancias de justificación, las de exculpación, así como las condiciones objetivas de punibilidad que se refieren a incapacidad, intoxicación y coacción, pero las *defences* bajo el ER no se limitan a dicha norma, sino que constituye una función complementaria, como lo establece la misma norma pues permite invocar y aplicar otras causales de exclusión de responsabilidad penal, tanto las establecidas en los artículos 32 y 33 del ER, como otras disposiciones nacionales e internacionales aplicables. Eser, Albin. "Grounds for excluding criminal responsibility". Otto Triffterer (ed.) (2008). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. (2nd edit) Beck -Hart- Nomos: München, pp. 863-893

crimen de guerra, se precisa el conocimiento por el responsable de todos los presupuestos objetivos de dicha responsabilidad, señalando que la gravedad de estas conductas involucra la exigencia de un elemento de alta probabilidad.

144. Finalmente, dando lugar a la aplicación del Estatuto de Roma de la CPI, con las claridades ya hechas por la Corte Constitucional y a las cuales ya me referí, es preciso determinar en qué categoría de crimen internacional consistiría el hecho específico, esto es, si se trata de las infracciones graves recogidas en los artículos 8(2)(c) y 8(2)(e) del ER, que son las aplicables a los conflictos armados no internacionales[210]. Advierto esto porque proceder a aplicar una norma nacional, creyendo que con ello se logra el reconocimiento como crimen internacional, es una solución claramente antitécnica e insuficiente ante las exigencias del DIH.

145. Los problemas jurídicos seleccionados por la mayoría de la sección de apelación son claramente indicativos del nivel de confusión conceptual que animó la declaratoria de crimen de guerra de los hechos objeto de pronunciamiento: *i) ¿Cuáles son los requisitos para conceder la amnistía de Sala, conforme a la Ley 1820 de 2016? ii) ¿Los miembros de la Policía Nacional de Colombia constituyen personas protegidas en el marco de un conflicto armado de carácter no internacional? ¿Gozaba la víctima, el señor Néstor Jairo Bohórquez Páez, integrante de la Policía Nacional, de la condición de persona protegida? iii) ¿Puede considerarse el homicidio en persona protegida como un crimen de guerra? iv) ¿Debe entenderse que todos los delitos contenidos en el título II del libro II de la Ley 599 de 2000 son crímenes de guerra y, por tanto, no amnistiables? v) ¿Cuál es el trámite por seguir en aquellos casos en los cuales el compareciente alega su inocencia en un procedimiento de amnistía por un delito por el cual fue condenado? vi) ¿La ausencia del testimonio del señor Chaparro Uribe constituye una vulneración capaz de afectar la integridad del debido proceso? vii) ¿Tuvo razón la SAI en negar la amnistía al señor Guzmán Díaz por cuanto el delito por el que fue condenado es un crimen de guerra?*[211]. La SA mayoritaria se decantó por manifestaciones signadas por un nivel de generalización no sólo impropio del respeto y aplicación del DIH, así como de las exigencias que emergen de la obligación de reconocimiento de los crímenes internacionales cuando ellos han tenido lugar.

SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN HECHO EN EL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El tipo penal nacional de homicidio en persona protegida como mecanismo de cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario

146. La jurisprudencia constitucional resalta que los Estados deben realizar obligaciones consuetudinarias y convencionales, establecidas, entre otros, en el Artículo

[210] Los Arts. 8(2)(a) y 8(2)(b) se refieren a CAI, el primero de ellos a personas y bienes protegidos por el Convenio de Ginebra de 1949, esto es, que se encuentran en poder de la parte adversa; y el segundo, a violaciones graves del Reglamento de la Convención de La Haya de 1907 e infracciones graves al Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.
[211] Párrafo 25 de Sentencia TP-SA AM 168 de 2020.

3 Común, así como en el Protocolo Adicional II[212], que se sintetizan en la "*elemental obligación*" de respetar y hacer respetar el derecho humanitario internacional. Ello pone de presente que no debe procederse a una artificial calificación como crimen de guerra para dar cumplimiento a dichas cuestiones, situación desde luego, claramente diferente del deber de reconocer la existencia de crímenes internacionales cuando ello deba tener lugar.

147. Como es destacado por la Corte Constitucional, muchos de los llamados desde el derecho internacional, se refieren a la adopción de esquemas de procesamiento penal que respeten el DIH, los cuales se realizan mediante la determinación de delitos, por una parte, y de crímenes internacionales por otra[213].

148. La Corte Suprema de Justicia el tratar el tema del homicidio en persona protegida de que trata el artículo 135 de la Ley 599 de 2000 ha indicado que dicha condición se constata "*conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia*"[214], misma que ha sido delimitada por el legislador, al indicar "*se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario*", entre otras, "*Los integrantes de la población civil*" y "*Las personas que no participan en hostilidades*".[215] Así mismo, ha precisado que su desarrollo normativo deviene de la **amplia normativa internacional que se ocupa de identificar a las personas protegidas** por las Convenciones de Ginebra y sus protocolos adicionales, siendo en todo caso pertinente acudir al denominado *"principio de distinción*[216]*según el cual "resulta imperativo proteger a la población civil de los efectos de la contienda" pues solo debe involucrar a los combatientes, por ello es necesario distinguir entre quienes no ostentan dicha calidad en aras de evitar su afectación con las operaciones propias del conflicto.*[217]

149. Más adelante, en sentencia de Casación dentro del Rad. 35099 de 2011 la Corte indicó que en la realidad colombiana era inocultable la existencia de un conflicto armado no internacional y en esa medida la población civil era objeto de especial

---

[212] CC. Sentencia C-291/07.

[213] Entre los referidos llamamientos, aludidos por la jurisprudencia constitucional: Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1674 del 28 de abril de 2006 –sobre protección de civiles en casos de conflicto armado-, ha llamado a los Estados a *"adoptar medidas apropiadas de orden legislativo, judicial y administrativo para cumplir las obligaciones que les imponen estos instrumentos"*. Asamblea General de las Naciones Unidas: Resolución 3102 de 1973, donde *"encarece a todas las partes en los conflictos armados que reconozcan y cumplan las obligaciones que tienen en virtud de los instrumentos humanitarios y que acaten las normas humanitarias internacionales que sean aplicables"*. Resolución 59/36 del 2 de diciembre de 2004, que subraya *"la necesidad de consolidar el régimen existente de derecho internacional humanitario mediante su aceptación universal y de que ese derecho se difunda de manera amplia y se aplique cabalmente en el plano nacional"*. En la Resolución 2226 (XXXVI-O/06) de 2006, subraya *"la necesidad de fortalecer las normas del derecho internacional humanitario, mediante su aceptación universal, su más amplia difusión y la adopción de medidas nacionales de aplicación"*; y destaca *"la obligación de los Estados de castigar todas las violaciones del derecho internacional humanitario"*. Resolución 1944 (XXXIII-O/03) del 10 de junio de 2003, reitera *"la necesidad de los Estados de adoptar medidas de naturaleza legislativa, administrativa, educacional o práctica que permitan la aplicación a nivel nacional del derecho internacional humanitario"*; (vii) se declara *"consciente de la necesidad de sancionar a los responsables de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, así como de otras violaciones graves del derecho internacional humanitario"*; (viii) recuerda *"que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tipifica crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad que sus Estados parte se comprometen a que no queden sin castigo"*; invita *"a los Estados Partes del Estatuto de Roma para que tipifiquen en sus legislaciones penales, además de los crímenes que se deben reprimir por otros tratados de derecho internacional humanitario, los previstos en el Estatuto y adopten todas las medidas necesarias para cooperar eficazmente con la Corte Penal Internacional"*.

[214] CSJ Sala de Casación Penal. Radicado 36460 del 28 de agosto de 2013. Magistrado Ponente Luis Emiro Sierra Padilla.

[215] Ibidem

[216] CC. C-291/07.

[217]Ibidem.

protección, "*bajo el entendido que la misma está constituida por los individuos que no son miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y no toman parte en las hostilidades*" o aquellas que: *"hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga*[218]

150. De lo anterior, se puede colegir que es amplio el espectro normativo que reglamenta la condición de persona protegida, y que es indispensable determinar el nexo existente entre un hecho o situación y el conflicto armado internacional o no internacional, es indispensable observar el ámbito en que se ha producido, tomando en cuenta factores como: (i) la calidad de combatiente del perpetrador (ii) la de no combatiente de la víctima, para lo cual es fundamental realizar el estudio adecuado de los elementos materiales probatorios, que conlleven a la certidumbre de tal condición.

151. Se tiene entonces, que una cuestión es el reconocimiento nacional de las infracciones al DIH, pero otra muy distinta es, corroborar en los casos concretos, que determinados hechos corresponden a graves infracciones al DIH y a crímenes de guerra. Ello, desde luego, desde que se considere que el reconocimiento de crímenes internacionales no se encuentra por fuera de los deberes inherentes a administrar justicia en un estado social de derecho.

Límites de la variación de la calificación jurídica de cara al principio de congruencia

152. El esquema procesal implementado en la Ley 600 de 2000, toda vez que constituyó el esquema adjetivo bajo el cual fue procesado el ahora compareciente en la JPO, considera que la resolución de acusación hace parte del acto jurídico complejo de la acusación[219], que implica entre otras cosas, una mutabilidad limitada dentro de la fase de juzgamiento que a su vez comporta dos aspectos esenciales: (i) la función de investigar y acusar radica en cabeza exclusiva de la Fiscalía General de la Nación y, (ii) la necesidad de que en algún momento la acusación sea definitiva[220].

153. La Corte Suprema de Justicia, a través de la sentencia del 9 de julio de 2002,[221] reiteró los parámetros a seguir respecto de la variación de la calificación jurídica provisional, prevista en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000 y en tal sentido afirmó que: *"Lo que se permite cambiar es la imputación jurídica, esto es la adecuación típica de la conducta punible"*. Es decir, que el comportamiento, naturalísticamente considerado, como acto humano, como acontecer real, no puede ser trocado.[222]

---

[218] CSJ Sala de Casación Penal 35099 de 2011. Magistrado Ponente Luis Guillermo Salazar Otero

[219] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 14 de febrero de 2002, expediente 18457.

[220] Esta última característica tiene a su vez dos extremos: el inicio de la acusación, marcado por la resolución de tal categoría expedida por la Fiscalía General; y la consolidación del acto jurídico complejo de la acusación, determinado por la variación que haya tenido conforme lo dispone la ley. Esa fijeza, inicial y final, es absolutamente necesaria para que la fase de juzgamiento transite purgada de vicios y pueda adaptarse un fallo que merezca las presunciones de legalidad y acierto. [Auto del 14 de febr2, expediente 18.457]

[221] CSJ. Sentencia del 9 de Julio de 2002, expediente 19590. MP Nilson Pinilla Pinilla.

[222] Expediente n° 19590. Ibidem

154. Ahora bien, el marco de referencia del principio de congruencia se predica del acto complejo[223] esto es la resolución de acusación, y el cambio que del mismo se realice ya sea por el juez o por el delegado de la Fiscalía. Así se entiende, que no hay quebranto al principio de congruencia cuando el juez emite su condena con fundamento en los siguientes postulados (i) la imputación fáctica y jurídica de la resolución de acusación (ii) la variación de la calificación jurídica provisional y (iii) la hipótesis de que el juez ha formulado en la audiencia o en una conducta atenuada.[224]

155. El legislador también previó la oportunidad procesal en la cual es procedente variar la calificación jurídica, y para ello indicó que le corresponde al Fiscal delegado al momento de su intervención en la audiencia pública, esto es, una vez culminada la práctica de pruebas,[225] en cuyo caso deberá comunicar al Juez su intención de variar el calificatorio, y, finalizada la intervención del acusador se correrá traslado a los demás sujetos procesales, a efecto de que estudien la nueva calificación y de considerar necesario ejerzan el contradictorio presentando nuevas pruebas[226]

156. De otra parte, el proceso penal ordinario también se debe estructurar en los principios rectores del debido proceso y el derecho de defensa, los cuales es preciso armonizar integralmente con el principio de *congruencia*, el cual se pregona de la sentencia y de la resolución de acusación. En esa medida la resolución de acusación, señala los parámetros jurídicos en los cuales debe moverse el fallador durante el juzgamiento que además, sirve de sustento a la sentencia, de allí la prohibición de *"introducir hechos no comprendidos en la resolución de acusación, ni agravantes, ni en fin, hacer, de alguna manera, más gravosa la situación del procesado"*[227]

157. La Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos[228], estableció los parámetros que desde entonces se han reiterado de manera uniforme, sobre la variación de la calificación jurídica, al respecto indicó:

> (...) La modificación del calificatorio puede ser hecha como consecuencia de prueba sobreviniente, pero también de la antecedente, cuando el fiscal se equivoca en la elaboración del pliego de cargos.
> (...) Solamente es necesaria cuando se hace más gravosa la situación del procesado.
> (...) El Juez, al proferir la sentencia, puede degradar la responsabilidad del sindicado, porque si está habilitado para absolverlo, también lo está para atenuar su situación, siempre que respete el núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica.
> (...)Si el fiscal considera que debe proferir sentencia condenatoria pero por un comportamiento menos grave que el deducido en el calificatorio, no es menester seguir estrictamente el trámite establecido en la ley para la variación. simplemente de manera expresa e indudable, lo hace saber al juez durante su intervención.
> La resolución acusatoria, su variación y las manifestaciones del juez, no se excluyen para efectos del principio de consonancia. Por tanto, la sentencia puede ser armonizada con

[223] CSJ. Sala de Casación Penal, Auto del 14 de febrero de 2002, expediente 18457.
[224] Ibidem
[225] Al respecto ver: Artículo 404 Ley 600 de 2000,numeral 1.
[226] Ibid.
[227] C- 541 de 1998. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.
[228] CSJ. SCP. Auto del 12 de marzo de 2002, expediente 19.013; en Sentencia del 9 de julio 2002, expediente 19590, Sentencia del 3 de mayo de 2007; expediente 20.809. Sentencia del 28 de mayo de 2008, expediente 22.958, entre otras.

> cualquiera de esas posturas e incluso, con una conducta diferente, siempre que sea respetado el núcleo básico y sea benéfica al acusado, pues nada impide al juez disminuir la responsabilidad.[229]

158. Así las cosas, el principio de congruencia implica la existencia de consonancia entre la imputación acusación y la sentencia, es decir, que el *"acusado no puede ser declarado culpable y condenado por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado su condena"*[230] lo que supone que desde la imputación y luego en la acusación se deben precisar los aspectos fácticos y jurídicos de la conducta punible que se atribuye para lo cual es indispensable señalar la respectiva calificación jurídica.

159. La Corte Suprema de Justicia, al estudiar el principio de congruencia, en reiterados pronunciamientos[231] ha indicado:

> [N]o se duda de la importancia total que comporta el principio de congruencia, en cuanto a manifestación necesaria del debido proceso y sus correlatos derechos de defensa y contradicción, en el entendido que para la parte acusada se hace necesario, no solo conocer los cargos por los cuales se convoca a juicio, sin defenderse adecuadamente de los mismos, en seguimiento de lo que sobre el particular consignan los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; por cuya consecuencia, además resulta contrario a dichas garantías que se le condene por algo diferente al objeto de controversia.
> Ahora bien, si se entiende que el principio de congruencia comporta dos aristas básicas (i) derecho a conocer de manera clara y suficiente los cargos por los cuales se acusa a la persona; y (ii) concordancia entre los cargos consignados en la acusación y aquellos objeto de sentencia-absoluta en lo fáctico, relativa en lo jurídico-; es dable concluir que la violación del principio puede obedecer a una fuente distinta y, desde luego, ocasionar un daño diferente[232].

160. El señor Luis Alberto GUZMÁN DÍAZ, fue condenado en la JPO por el juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca, como coautor del delito de homicidio agravado. Es claro que los hechos jurídicamente relevantes que fueron objeto de la acusación y la condena fueron por un tipo penal definido en el Código Penal, del cual tuvo conocimiento el solicitante en tanto, pudo ejercer el contradictorio y de esta manera garantizar el ejercicio de su defensa. Así las cosas, estos no pueden sufrir ninguna alteración a medida que avanzan las diferentes etapas probatorias procesales, pues ello sin duda contravía la garantía suprema del debido proceso.

161. El cambio en la adecuación típica realizado por la SAI y ratificada sin argumento justificatorio por la SA desconoce flagrantemente la estructura básica del debido proceso, el derecho de defensa y el principio de congruencia, por cuanto al realizarse imputaciones fácticas y jurídicas respecto de las cuales el señor Guzmán no ha ejercido el derecho de controversia, se está sorprendiendo al sujeto pasivo de la acción penal y

---

[229] Ibidem
[230] Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, artículo 448.
[231] CSJ. SPP, sentencias SP4792 de 2018, Rad. 52507. MP. Patricia Salazar Cuéllar. En similar sentido, entre otras, SP 603 de 2018, SP 1236 de 2018, SP 3633 de 2018, SP 4167 de 2018, AP 2196 de 2018 y AP 3547 de 2018.
[232] Ibidem.

se quebranta indefectiblemente su derecho a la defensa. Así lo ha manifestado el Máximo Tribunal, al indicar:

> La congruencia es una garantía del derecho a la defensa porque la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación penal, asegura que una misma persona sólo pueda ser condenada por hechos o delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción. Tal garantía se manifiesta como la necesaria correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia, especialmente en aquellos sistemas procesales que han adoptado como principio rector el acusatorio. En todo caso, la congruencia implica una delimitación del objeto inmutable del proceso penal que tiene, en lo fundamental, una connotación fáctica: los hechos que habilitan la consecuencia jurídico-penal[233]

162. De esta forma, es claro que en la JPO existen restricciones que buscan conjurar los efectos negativos de la procedencia de la variación de la calificación jurídica en los derechos a la defensa y contradicción de los procesados. Así también en la JEP la labor de calificación jurídica propia tiene unos linderos en las garantías sustantivas y procesales de los comparecientes y las víctimas.

163. Así las cosas, es claro que en el caso concreto se afectaron las garantías procesales del debido proceso y del derecho de defensa del señor Guzmán, en la medida en que la SA, sin contar con elementos materiales probatorios nuevos, ni prueba sobreviniente que justificará un nuevo análisis jurídico, en forma unilateral varió la calificación jurídica y de contera cercenó la posibilidad de defensa frente al nuevo calificatorio adoptado.

El principio de favorabilidad no puede ser anulado en la labor de interpretación de la JEP

El derecho penal sustantivo y procedimental, lo que implica sus principios son fuente normativa de la JEP

164. Contrario a lo sostenido en la sentencia respecto de la cual salvo voto[234], en el caso que ocupó a la Sección, tiene total aplicación el principio de favorabilidad, que en efecto, como lo ha referido la Corte Constitucional respecto del marco normativo de la JEP, tiene en consideración, aún dentro de su especialidad, las normas constitucionales y legales en materia penal. Esto, por cuanto, a diferencia de lo reiterado por la mayoría de la Sección, la finalidad de esta Jurisdicción Especial no es solo de la "*la concreción o la procedencia de los beneficios transicionales*"[235] sino también el establecimiento de sanciones. Así el tribunal constitucional ha señalado.

[233] CSJ. SCP. Sentencia SP6808- 2016 del 25 de mayo de 2016, radicado 43837. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, p. 39
[234] Párrafos 60 a 66.
[235] Párrafo 62.

5.3.2.4.1. Con respecto a la *especialidad del sistema*, (...) [p]olíticamente, esta especificidad se explica porque se consideró que la aplicación **irrestricta** del régimen sancionatorio ordinario los actores del conflicto armado, sin una previa concertación sobre aspectos sustantivos y procesales del mismo, haría inviable cualquier proceso de negociación y lo condenaría al fracaso; de hecho, los acuerdos de paz son fundamentalmente pactos en los que el Estado se compromete a sustraer a los grupos armados al margen de la ley, y eventualmente a otros actores del conflicto, del **régimen penal general** para someterlos, a cambio del desarme, a uno **especial**, que tenga en cuenta las particularidades del conflicto. De este modo, esa condición de especialidad constituye el núcleo esencial de los procesos de negociación y en los términos de este régimen exceptivo puede estar la clave para la construcción de una paz estable y duradera.

(...) aunque el ordenamiento jurídico colombiano contiene los dispositivos de orden sustantivo y procesal para activar la función investigativa, acusatoria y sancionatoria del Estado, las cuales, en principio, podrían ser utilizadas para canalizar los hechos ocurridos en el marco del conflicto armado, el Acto Legislativo 01 de 2017 crea un **sistema especial** para este escenario. Así, por ejemplo, la legislación penal se ampara en el modelo de persecución individual de los delitos, mientras que el Acto Legislativo responde a un paradigma distinto, basado en la **necesidad de develar y enfrentar las estructuras y los patrones del conflicto armado, y de sancionar a los máximos responsables y de los crímenes más graves y representativos**[236]. Asimismo, aunque el Código Penal colombiano establece el catálogo de delitos y de las penas, tipificando, entre otros, los delitos contra la vida y la integridad personal, como los de genocidio[237], homicidio[238] y aborto[239], los delitos contra personas y bienes protegidos, como los de homicidio, lesiones y tortura en persona protegida[240], la utilización de medios y métodos de guerra ilícito[241] o el desplazamiento forzado en población civil[242], los delitos contra la libertad individual como la desaparición forzada[243], el secuestro[244] o la tortura[245], los delitos contra el medio ambiente, y los delitos contra la seguridad del Estado, como el concierto para delinquir[246] o el terrorismo[247], el Acto Legislativo 01 de 2017 dispone la **aplicación parcial de este instrumento** en el contexto de la Jurisdicción Especial para la Paz, **debiendo ser utilizado únicamente para la calificación de las conductas delictivas**[248], pero no para fijar el esquema sancionatorio, que obedece a una lógica distinta, ya no basada en la gravedad de la conducta cometida, sino asociada a otras variables como el aporte del victimario a la verdad y a la reparación de las víctimas, y al momento en que se produce esta contribución[249]. De igual modo, aunque el Código de Procedimiento Penal establece las reglas y los instrumentos para el cumplimiento de la función investigativa y acusadora en función de la Fiscalía General de la Nación, y para el ejercicio de la función sancionatoria en cabeza de la jurisdicción ordinaria, el Acto Legislativo remite al

[236] [943] Artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2017.
[237] [944] Artículo 101 de Código Penal.
[238] [945] Artículos 103-110 del Código Penal.
[239] [946] Artículos 122 – 124 del Código Penal.
[240] [947] Artículos 135, 136 y 137 del Código Penal.
[241] [948] Artículo 142 del Código Penal.
[242] [949] Artículo 159 del Código Penal.
[243] [950] Artículo 165 del Código Penal.
[244] [951] Artículos 168 a 172 del Código Penal.
[245] [952] Artículo 178 y siguientes del Código Penal.
[246] [953] Artículo 340 del Código Penal.
[247] [954] Artículo 343 del Código Penal.
[248] [955] Inciso 7 del artículo transitorio 5 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017.
[249] [956] Artículo transitorio 13 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017.

> legislador para que diseñe un procedimiento especial, destinado específicamente a regir en los trámites que se surten en la Jurisdicción Especial para la Paz[250]. (...)[251]

165. Así, en efecto, y en esa parte en concreto coincido con la mayoría, la calificación resultante podrá ser diferente a la efectuada con anterioridad por las autoridades judiciales, para la calificación de esas conductas, en virtud de la aplicación del marco jurídico de la JEP[252]. Sin embargo, de ello no se sigue, como pretende la Sección Mayoritaria, que tal calificación pueda dejar de lado el principio de favorabilidad, el cual por el contrario es de obligatoria aplicación, en un ejercicio de interpretación complejo que no anule tal norma y que no anule otros derechos de las víctimas.

Principio de favorabilidad en la JEP

166. El Acto Legislativo 1 de 2017 en sus artículos transitorios 5, 12 y 22, la LEJEP en su artículo 23 y la Ley 1820 de 2016 en su artículo refieren como parte del marco normativo de esta jurisdicción, el principio de favorabilidad. Como reconoce la Corte Constitucional, el principio de favorabilidad se encuentra ubicado dentro del sistema de garantías constitucionales del debido proceso legal, en particular del principio de legalidad[253] en relación con el proceso mismo[254]:

> 419. Aunque el principio de favorabilidad es una garantía del derecho penal y, por ese motivo resulta razonable su inclusión en el conjunto de principios de la Ley 1820 de 2016, es importante indicar que este debe interpretarse y aplicarse mediante ejercicios de armonización y sistematización de los órdenes normativos previamente mencionados y, en la medida en que en el DIDH el principio de favorabilidad **opera, como principio pro homine o pro persona, a favor de la vigencia de los derechos humanos.**
>
> 420. Además, la interpretación de las disposiciones contenidas en tratados de derechos humanos no puede ser contraria al objeto y fin del tratado (la protección de estos derechos), de manera que **no puede llevarse la interpretación del principio de favorabilidad, de manera que justifique privar de contenido a los derechos de las víctimas**. En consecuencia, **será necesario, en ocasiones, ponderar entre la favorabilidad del derecho penal, y la interpretación más favorable a las víctimas, especialmente, cuando se juzgue el núcleo de las conductas que con mayor violencia lesionaron la dignidad humana.**
>
> 431. (...) Además, la centralidad de los derechos de las víctimas exige la aplicación del principio de favorabilidad, tanto frente al procesado, como frente a las víctimas, pues en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe también el principio pro persona. Esta situación puede exigir, incluso, el desarrollo de complejos principios de ponderación por parte de los magistrados y magistradas de la Jurisdicción Especial para la Paz[255]. (negrita y subraya fuera del texto).

---

[250] [957] Artículo transitorio 12 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017.
[251] Corte Constitucional, sentencia C-674 de 2017, apartado 5.3.2.4.1.
[252] Párr. 61.
[253] Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, MP Diana Fajardo Rivera, párr. 397.
[254] Corte Constitucional, Sentencia T-362 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett.

[255] Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, párr. 419, 420 y 431. El tribunal constitucional en la misma decisión reitera que bajo las fuentes normativas aplicables, el principio de favorabilidad no se limita a quienes son investigados o procesados en un proceso penal, pues "*la configuración del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, específicamente en su componente judicial, implica la aplicación de diferentes fuentes normativas (Derecho Penal Colombiano, Derecho Internacional en materia de Derechos*

167. En efecto, en virtud del AL 1 de 2017, en su artículo transitorio 5º, la Constitución dispone que "*La JEP al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal Colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI),* ***siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad****"*. Norma replicada en la LEJEP, en el artículo 23. No resulta trivial que la norma constitucional refiera de manera específica la obligatoriedad de la aplicación del principio de favorabilidad al tratar la competencia que tienen los órganos de la Jurisdicción Especial, para hacer una calificación jurídica propia de las conductas.

168. Ello es así en tanto si bien es cierto, la JEP tiene tal competencia, como lo ha advertido la Corte Constitucional, en dicho ejercicio debe implicarse de manera obligatoria el principio de favorabilidad de manera tal que, garantizando que los derechos de las víctimas no se anulen, no se priven de contenido, tampoco quede vaciado de contenido el aludido principio y ello es así por la potísima razón de que el rol del juez transicional en un Estado Social de Derecho, implica la garantía de los derechos humanos, de manera muy especial el derecho al debido proceso del que son titulares las víctimas, en un lugar de centralidad, así como los comparecientes. Así, el máximo tribunal constitucional al revisar la constitucionalidad de las normas aplicables a esta jurisdicción ha indicado que lo que corresponde es la **armonización**[256] y **adelantar complejos ejercicios de ponderación,** labor que eludió la Sección Mayoritaria con el peregrino argumento de que la labor de interpretación a la que está llamada la SA en caso como este, está determinada por la regla hermenéutica según la cual la norma especial prima en la aplicación sobre la norma general; regla de especialidad de las normas.

169. En la sentencia, objeto de mi voto disidente, adujo la Sección Mayoritaria que, en el caso concreto, al hacer la calificación jurídica propia, *"lo único que hace la SA es ajustarlo al tipo penal más adecuado, sin que se afecte la situación que el compareciente traía de la primera instancia"*[257]. De manera fundamental adujo además que, no se estaba frente a un caso de calificación jurídica en el cual se debiera dar aplicación al principio de favorabilidad toda vez que en su entendimiento "[e]*l principio de favorabilidad se puede entender de dos maneras: por una parte, se acude a él cuando la conducta ha caído bajo la regulación de diferentes normas en el tiempo. (...) un asunto mucho más complejo es cuando varias normas coexisten en*

Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional), (iii) la vigencia del principio de favorabilidad no puede implicar el desconocimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar, con el alcance ya expuesto en el acápite pertinente, ni el desconocimiento de la obligación de garantizar los derechos de las víctimas y la comunidad en general", párr. 637. Asimismo, en esta fundamental sentencia, se agrega que la trascendencia de este principio "*dentro del Estado de Derecho lo hace intangible, incluso en estados de excepción, tal como se prevé en los artículos 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 4º de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de Estados de Excepción. De otro lado, el desarrollo jurisprudencial del principio y derecho de favorabilidad por parte de este Tribunal ha reafirmado su relevancia y esclarecido sus alcances*", párr. 634.

[256] Corte Constitucional, sentencia C-080 de 2019: "*[L]a lectura que debe darse a la aplicación de este principio requiere de una armonización con la vigencia de otros, igualmente importantes, que inspiran la configuración del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, como el deber de investigar, juzgar y sancionar, y la satisfacción de los derechos de las víctimas y de la comunidad".*

[257] Párr 60, nota al pie número 90.

el tiempo y podrían regular el mismo asunto[258]. ***En este caso la solución de la norma más favorable es errada por cuanto solo una norma puede alcanzar el núcleo de la interpretación y es solo esa la que debe regularla****. (…) sólo una de ellas lo haría de manera completa.* ***Por ello, se ha previsto que en esos casos la norma especial se aplique de preferencia a la general, ya que esta abarca aspectos muy generales de la conducta, en tanto aquella sí se ocupa del acto analizado en su totalidad****"*[259] (negrillas fuera del texto).

170. Nada más extraño a una interpretación del marco normativo de la Jurisdicción Especial que, valga reiterarlo, tiene normas de jerarquía constitucional, estatutaria y legal que reiteran que la "*calificación que se basará en el Código Penal Colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI),* ***siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad****"*[260] (negrillas fuera del texto). Como lo sostuvo la Corte Constitucional, la actuación de la JEP al hacer una calificación jurídica propia *"no busca* ***exclusivamente*** *la imposición de una sanción, sino que prevé la concesión de amplios beneficios (…),* ***el principio de legalidad opera, aunque no con la misma intensidad*** *que en la llamada parte mala. Además,* ***la centralidad de los derechos de las victimas exige la aplicación del principio de favorabilidad, tanto frente al procesado, como frente a las victimas, pues en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe también el principio pro persona.*** *Esta situación puede exigir, incluso, el desarrollo de complejos principios de ponderación por parte de los magistrados y magistradas de la Jurisdicción Especial para la Paz."*[261] (negrillas y subrayas fuera del texto).

171. Así, la aplicación del principio de favorabilidad se da en función de la determinación de los beneficios, sin olvidar que ellos no excluyen la aplicación de un marco normativo sancionatorio, que en armonía con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, no puede obviar los principios que rodean el derecho al debido proceso. Sostener, como lo hace la Sección Mayoritaria en la sentencia objeto de este voto disidente que *"no aplica el principio de favorabilidad en la manera estricta en que se hace en el ordenamiento penal, sino que debe interpretarse para los fines de la justicia transicional"*[262] no lleva a la conclusión pretendida en la providencia, según la cual el principio de favorabilidad puede, no entrar en el análisis. Por el contrario el tribunal constitucional ha referido respecto a dicho principio que, "*su aplicación debe ponderarse con los derechos de las victimas (…) el objetivo general de superación de la impunidad permite aplicar la norma que mejor permita el señalamiento de responsabilidad, dado la gravedad de los crímenes, en relación con los beneficios que eventualmente recibirán los responsables. Lo anterior, en armonía con lo dicho por la Corte en la Sentencia C-007 de 2018".*

---

[258] [95] *Como en este caso el artículo 135 y el 103 y 104 del Código Penal.*
[259] Párr. 64.
[260] Acto Legislativo 1 de 2017, artículos transitorios 5, 12 y 22; LEJEP, artículo 23 y Ley 1820 de 2016, artículo 11. Normas que aunque reseñadas ampliamente en la providencia de la cual me distancio, fueron descartadas.
[261] Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018.
[262] Párr. 62.

172. Nótese que la Corte deja claro que la calificación jurídica que haga la JEP sí tiene implicaciones respecto al señalamiento de responsabilidad que cabría en el ámbito de competencia de esta Jurisdicción Especial y por ello el principio de favorabilidad no puede ser desconocido en el análisis. Debe ser aplicado obligatoriamente en un ejercicio de ponderación que no pierda el horizonte de lucha contra la impunidad en el marco de un proceso debido, propio de un Estado Social de Derecho[263].

173. De ahí que la afirmación de la Sección Mayoritaria según la cual el principio del *favor rei*, de acuerdo con el cual *"frente a dos interpretaciones posibles, y superada la aplicación del criterio de especialidad, siempre se prefiere la interpretación más favorable al procesado"*, no halla aplicación por cuanto "*no es este el principio al cuálse hace referencia en el derecho transicional"*[264] resulte incluso más abiertamente contraria al marco normativo constitucional y al bloque de constitucionalidad, pues como la misma providencia lo reconoce es un desarrollo del principio *in dubbio pro reo*, en los términos del derecho al debido proceso consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos. El alegato según el cual la no aplicación del referido principio puede justificarse en que "*las fuentes son diversas y van más allá del derecho penal doméstico e internacional"* se opone al *Ius Cogens*; a considerar al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), de manera efectiva y no meramente discursiva, como fuente normativa de la JEP. Al respecto, la Corte Constitucional, al revisar la LEJEP, en el apartado "*4.1.10.1. El derecho sustancial aplicable a la calificación jurídica de la conducta*" señaló:

> La calificación jurídica de la conducta por la JEP debe basarse, en consecuencia, en una norma previa a la comisión de la misma. La valoración de la existencia de dicha prohibición o no, la realizará la JEP en ejercicio de su competencia, quien, para la calificación jurídica, deberá asegurar que la conducta estaba claramente prohibida antes de la comisión del hecho en la Constitución, en el Código Penal vigente, en normas internacionales de Derechos Humanos, o en normas internacionales de Derecho Internacional Humanitario, o en normas imperativas de *ius cogens*. Así, por ejemplo, constituye norma de *ius cogens* la Cláusula Martens y, en general, las normas de Derecho Internacional Humanitario aplicables a los conflictos armados que instituyen "*principios elementales de humanidad"*[265], también referidos en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra[266] (tratándose de conflictos armados de carácter no internacional).
>
> Esta amplitud del principio de legalidad "*obedece al conocimiento internacional acumulado, a la necesidad de una defensa progresiva de la dignidad en los conflictos armados, a la pluralidad de fuentes del derecho internacional, y a la importancia de proteger los derechos de las víctimas*"[267].
>
> De esta manera, esta comprensión del principio de legalidad para efectos de la calificación de la conducta asegura **el principio de legalidad como garantía del debido**

[263] Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2019: *"[L]a vigencia del principio de favorabilidad no puede implicar el desconocimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar (...), ni el desconocimiento de la obligación de garantizar los derechos de las víctimas y la comunidad en general"*.
[264] Párr. 65.
[265] [665] Supra nota 78, Caso de apoyo de Estados Unidos a paramilitares en Nicaragua, *Nicaragua vs. USA*. Corte Internacional de Justicia (CIJ), Opinión consultiva sobre el uso y la amenaza de uso de armas nucleares, 8 de julio de 1996. Chetail, Vencent (2003). La contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 850.
[266] [666] Nota 78, Caso de apoyo de Estados Unidos a paramilitares en Nicaragua, *op. cit*.
[267] [667] Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018.

proceso y, así mismo, el derecho de las víctimas a la justicia frente a las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario[268] (negrillas fuera del texto).

174. Dada la ruta de argumentación seguida por la Sección mayoritaria, no extraña que haya arribado a una conclusión alejada del DIDH, según la cual: *"el principio de favorabilidad exige una ponderación entre el principio pro persona y el principio pro víctima"*[269]. El principio *pro persona* implica un principio general, no diferente al principio *pro víctima*. Aquel implica que el juez considere la dignidad de la persona humana, procesado y víctima al momento de aplicar la ley. En el caso que ocupó a la SA el principio pro víctima halla su correlato en el principio de centralidad de los derechos de las víctimas, definido en el marco normativo de la JEP, y en efecto, la interpretación debe buscar ser aquella que mejor garantice sus derechos, pero, en el ejercicio de ponderación complejo al que ha aludido recurrentemente la Corte Constitucional en las sentencias C-674 de 2017, C-007 de 2018 y C-080 de 2019, debe buscar igualmente no anular el principio de favorabilidad.

175. El argumento de la mayoría de la Sección según el cual *"en el caso en estudio, es necesario tener en cuenta la necesidad prevalente de proteger los derechos de las víctimas frente a la recomendación del articulo 6(5) del PA-II de otorgar las máximas amnistías posibles"* no agrega nada nuevo toda vez que la decisión sobre la aministiabilidad o no de la conducta del compareciente corresponde a un análisis diferente a aquel dirigido considerar la favorabilidad en la calificación jurídica propia hecha por los órganos de la JEP. Tal diferencia se revela de manera particular en este caso en el que, como lo he desarrollado en este salvamento de voto, el compareciente solicita la revisión, a la luz de los parámetros de análisis especiales de la JEP, de la sentencia mediante la cual fue condenado y respecto de la cual ha solicitado la práctica de pruebas que ha sido agotada.

IV.- LA SOLUCIÓN QUE DEBIÓ DARSE AL CASO

176. Desde mi perspectiva, se encuentran dos cuestiones centrales que debieron animar a la Sección mayoritaria a tomar una decisión diferente. La primera es la ausencia de material probatorio que permitiera verificar la existencia de un crimen de guerra. La segunda, si era adecuado proceder a definir un beneficio como lo es la amnistía, cuando aún se encuentra pendiente el trámite de la acción de revisión que el compareciente ha solicitado una y otra vez, al parecer sin lograr ser escuchado por la Jurisdicción Especial.

[268] Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2019.
[269] [97] *Artículo 1-d de la Ley 1922 de 2018.*

La insuficiencia probatoria para determinar la viabilidad de un beneficio definitivo

177. En virtud de la primera cuestión, no podía procederse a la negativa de la amnistía, en condiciones tales que pareciese que la Jurisdicción ha considerado erróneamente que de no tener material probatorio suficiente, le conmina a denegar el beneficio o solicitud respectiva. La diferencia sustancial entre la JEP como expresión de un modelo restaurativo y la JPO implica que difícilmente lo recabado en este último escenario cumpla con los estándares necesarios para acreditar la exclusión a la que se refiere el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016.

178. Debe recordarse que la JPO en no pocos casos inexplora la cuestión de la vinculación con el conflicto armado, o incluso las calidades de los procesados y las víctimas ante el DIH, sin descontar la ausencia de una lógica de investigación de crímenes de sistema. Ello ocurre por múltiples razones, que van desde los mecanismos de imputación utilizados, pasando por la prueba disponible, así como por la aplicación de dinámicas propias de la justicia premial. Es necesario resaltar **que, la lógica obligación de contar con material probatorio suficiente para adoptar una decisión, como sería propio de un Estado de derecho, no decrece sino que aumenta en relación con la determinación de los crímenes internacionales**.

179. Un nuevo ejemplo, suministrado en esta oportunidad por Olásolo Alonso, reitera la necesidad de contar con dicho material probatorio para determinar el contexto de realización de los hechos que ocuparon este caso a la luz de la competencia de la JEP. Cuando señalo esto coincido momentáneamente con la postura de la Sección mayoritaria, en el sentido de que las consecuencias en el contexto de la administración de justicia ordinaria y las de la Jurisdicción Especial, son diferentes. Mi distanciamiento tiene lugar cuando dicha corroboración es utilizada por la mayoría de la Sección para contrariar los derechos internacionalmente reconocidos y proceder a aniquilar el debido proceso de un apelante único, como lo fue el señor GUZMÁN DÍAZ.

180. Obsérvese que si reconocemos que el ciudadano apelante fue procesado y condenado en el seno de la JPO por el punible de homicidio agravado, cuya consumación **no requiere** la determinación de ninguna relación con el conflicto armado, la edificación de un crimen de guerra, demanda un examen detenido, así como del recaudo de medios probatorios en el punto de establecer no sólo si los hechos estaban relacionados con el conflicto, sino además de ello, **cómo tenía lugar tal conexión**. Dicha actividad **no puede realizarse de manera insular**, salvo que se considere que la JEP, en una particular idea de transicionalidad, pueda constituir crímenes de guerra como bien lo tenga. Esto desde luego va a tener una importancia mayor cuando se trata de aplicar el derecho humanitario internacional, un conjunto normativo que se decanta por las realidades, aspecto sobre el cual ya me pronuncié al momento de discernir sobre la temática de persona protegida ante el DIH y la configuración del punible de homicidio en persona protegida.

181. Asimismo, la anotada prohibición de construcción insular del crimen de guerra debe vincularse con técnicas apropiadas de investigación y procesamiento, como lo resalta la OACNUDH, al respecto de la necesidad de contar con un enfoque técnico apropiado para comprender los crímenes internacionales y del sistema, apropiando las experiencias de los tribunales *ad hoc* y de la CPI:

> Las técnicas de investigación de los crímenes del sistema difieren de las utilizadas en delitos ordinarios. La labor del fiscal en la investigación y la presentación de la mayoría de los crímenes normales puede equipararse a la del director de una película, cuya tarea consiste en describir claramente cómo sucedió un hecho determinado y cuyo principal interés es describir la comisión de un acto criminal concreto. Cuanto más clara sea la descripción, más fácil será para el tribunal determinar la responsabilidad. En cambio, la investigación de crímenes del sistema exige un enfoque más cercano al de un ingeniero. La tarea no se limita a describir la ejecución del acto criminal, sino que debe dilucidar el funcionamiento de los elementos de la maquinaria.
>
> La investigación de crímenes del sistema, sea en relación con una serie de actos criminales o un hecho aislado, exige una exploración detallada del propio sistema, y no simplemente de los resultados, que se manifiestan en los crímenes subyacentes que constituyen los denominados componentes del crimen (asesinatos, torturas, violaciones, deportaciones). Sin embargo, pocos órganos de investigación han desarrollado las técnicas y los recursos necesarios para investigar con eficacia este tipo de crímenes[270].

182. Pero además de ello, advertir cómo tuvo lugar determinada vinculación con el conflicto, constituye una trascendental misión en la definición de las amnistías, como lo subrayó en su momento la Corte Constitucional:

> Esta calificación jurídica propia tiene, sin embargo, diversas finalidades, que exceden el marco del derecho penal. Así, de una parte, pueden dar lugar a la imposición de sanciones; pero, de otra, también persiguen la concreción de la amnistía más amplia posible o la procedencia de otros beneficios. Estas amnistías y beneficios recaerán sobre conductas definidas como delitos por la ley penal. Por lo tanto, la JEP no determinará su carácter delictivo, sino que evaluará si existe un estándar que, en una interpretación armónica de los órdenes normativos citados, prohíba la concesión de la amnistía. Y, así las cosas, es necesario precisar que el principio de tipicidad debe considerarse más estricto en la imposición de sanciones que en la concesión de beneficios. Esta premisa tendrá relevancia en el estudio del eje temático sobre el reclutamiento de niños, niñas y adolescentes[271].

Situación de pandemia y respeto por los derechos humanos

183. La pandemia mundial actual puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud no solo de los riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el virus, sino también, en otras esferas del desarrollo de la sociedad en especial en aspectos relacionados con la eficacia de la administración de justicia y el respeto de las garantías procesales, ello cuanto los procedimientos

[270] OACNUDH. (2006). *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento*. HR/PUB/06/4 p. 13.
[271] CC. Sentencia C-007 de 2018, párr. 415.

procesales fijados de antaño por el legislador han sido adaptados a procedimientos digitales, conforme las nuevas realidades tecnológicas.

184. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 9 de abril de 2020 emitió la Resolución 01, mediante la cual instó a Estados Parte, para adoptar e implementar medidas necesarias para respetar la garantía de los derechos humanos en todas las actuaciones.

185. Para el trabajo de la JEP, de dicha resolución no solo se destaca, la orden de abstenerse de suspender los procedimientos judiciales idóneos para conjurar las amenazas y violaciones de los derechos[272], también la orden de evitar que toda restricción o limitación que se imponga en el marco de la pandemia, "*deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud*"[273].

186. Ahora, en virtud de la emergencia sanitaria y en acatamiento de las disposiciones fijadas por el Gobierno Nacional, el Órgano de Gobierno de la JEP emitió los Acuerdos 009 del 16 de marzo y 014 del 13 de abril[274] y las circulares 019 de 25 de abril y 022 de 7 de mayo de 2020, suscritas por la Presidencia y la Secretaría Ejecutiva de la Jurisdicción en las cuales se determinó la suspensión de audiencias y términos judiciales en la Jurisdicción Especial para la paz desde el 16 de marzo hasta el 25 de mayo de 2020. Nuevamente la Presidenta y la Secretaria Ejecutiva en uso de las facultades conferidas por los Acuerdos AOG No. 009 y 014 de 2020, expidieron la Circular 024 de 23 de mayo de 2020 mediante la cual se amplió la suspensión de audiencias y términos judiciales en la Jurisdicción Especial para la Paz hasta las doce de la noche (12:00 pm) del día 31 de mayo de 2020, así como la aplicación de las excepciones que en materia de decisiones judiciales prevé el Acuerdo AOG No. 014 de 13 de abril de 2020 modificado por el Acuerdo AOG No. 026 de 2020.

187. Esta suspensión fue prorrogada con ocasión de la expedición del Decreto 689 del 22 de mayo de 2002, mediante el cual el Gobierno Nacional, amplió la vigencia del Decreto 636 de 6 de mayo de 2020, hasta las doce de la noche (12:00 pm) del día 31 de mayo de 2020. Sin embargo, teniendo en cuenta las actuales circunstancias de propagación del coronavirus COVID-19 en el territorio nacional y como medida de cuidado para preservar la salud y la vida y evitar el contacto y la propagación, nuevamente el Ejecutivo expidió el Decreto 749 de 28 de mayo de 2020 mediante el cual ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 1 de junio de

---

[272] Al respecto indicó: "*Abstenerse de suspender procedimientos judiciales idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, entre ellos las acciones de hábeas corpus y amparo para controlar las actuaciones de las autoridades, incluyendo las restricciones a la libertad personal en dicho contexto. Estas garantías deben ejercitarse bajo el marco y principios del debido proceso legal*". Corte IDH. *Pandenia y Derechos Humanos en las Américas.* Resolución 01 del 9 de abril de 2020, parte resolutiva considerando 24.

[273] Parte resolutiva considerando 20..

[274] Mediante el cual se prorrogó "la suspensión de audiencias y términos judiciales en la Jurisdicción Especial para la Paz y se establecen unas excepciones". Lo anterior en virtud de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio establecidas por el Gobierno Nacional y Distrital para hacer frente a la emergencia sanitaria ocasionada por el coronavirus COVID-19.

2020, hasta las cero horas (00:00) del día 1 de julio de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.

188. Pese a ello la SA adelantó el trámite de alzada puesto a su consideración, y que estaba en mora de tramitarse desde el año inmediatamente anterior, pues, como señalé en los antecedentes del caso, el despacho sustanciador de la SA presentó el primer proyecto de decisión en la Sala de la SA del 10 de junio de 2020, período en el cual se encontraba en vigencia el Acuerdo del Órgano de Gobierno de la JEP Nº 014 del 13 de abril de 2020.

189. En aras de emitir un voto informado sobre la ponencia, solicité en la Sala del 10 de junio la rotación del expediente con el objetivo de verificar los hechos fácticos, jurídicos y probatorios del caso. En el proceso de rotación del expediente, pude evidenciar la ausencia de algunas piezas procesales, así como la confusión sobre una de las pruebas que estaban pendientes de practicarse, que afortunadamente fue corregido en la decisión final que me fue dada a conocer.

190. Pude percatarme de la existencia de una confusión entre los nombres de los señores Mauricio Urrego Barbosa y Luis Carlos Chaparro Uribe, la cual, a mi juicio, demuestra las dificultades de la sustanciación de este caso en el período de la emergencia sanitaria, debido a que no están digitalizados todas los elementos probatorios que componen el expediente. De manera particular, me fue imposible acceder al contenido de la entrevista efectuada al compareciente el 30 de mayo de 2019, en razón a que reposa en el expediente físico, al cual tuvo acceso únicamente el despacho sustanciador, según lo informado, con anterioridad a la declaratoria del aislamiento preventivo obligatorio.

191. El error que sí alcanzó a ser corregido en la decisión final, consistía en considerar inane la omisión de la práctica de la entrevista al señor Luis Carlos Chaparro Uribe, porque su testimonio había sido valorado por la Corte Suprema de Justicia en sede de revisión en sentencia del 21 de enero de 2015[275], cuando en dicha providencia la versión que fue sopesada fue la que el señor Mauricio Urrego Barbosa, ex integrante del Frente 42 de las FARC-EP ante la Fiscalía Delegada que documenta los delitos que son de conocimiento del trámite penal especial de Justicia y Paz y que también estaba incluida en uno de los CD entregados por el compareciente en la entrevista practicada el 30 de mayo de 2019.

192. Por otra parte, debe indicarse que el señor Luis Carlos Chaparro Uribe, quien fue capturado en 2002, actualmente es compareciente de la JEP y un despacho de la SAI se encuentra estudiando la concesión del beneficio definitivo (Expediente 2018340160501493E). Por lo tanto, era factible realizar la entrevista, debido a que si bien fue capturado en el año 2002 y los hechos del caso fueron de enero 2003, potencialmente podría brindar información sobre: *(i)* la actividad de la guerrilla en la

[275] Radicación 42693 providencia 21 de enero de 2015. MP José Luis Barceló Camacho.

zona; (*ii)* la pertenencia del señor Guzmán a la organización guerrillera, o *(iii)* suministrar el nombre de otras personas que pudieran ayudar a tal efecto.

193. Pero persiste una preocupación relativa a tener el material suficiente para proceder a adoptar una decisión judicial de la importancia y gravedad de la que me ocupa en este voto disidente, y es que la Sección de Apelación no debería a mi juicio considerar que la *información disponible* sea la que permite la adopción de una decisión de fondo, sobre un beneficio definitivo, donde además se ha procedido a la calificación como crimen internacional. En este sentido, el propio Acuerdo Nº 14 del 13 de abril de 2020, señala:

> Para los efectos del artículo 2 del presente Acuerdo, la [SAI] podrá decidir de fondo sobre el beneficio de libertad condicionada para exmiembros y colaboradores de las FARC-EP [...] únicamente en los casos respecto de los cuales cuenten con la información suficiente para fallar y que la misma se encuentre digitalizada en los sistemas de información de la JEP o a disposición de los funcionarios de las Salas en los lugares donde estén haciendo trabajo en casa. Las providencias, boletas de libertad y despachos comisorios se suscribirán con firma electrónica de acuerdo con el Artículo 11 del Decreto Legislativo No. 491 de 2020. Las referidas Salas no decidirán los casos que se encuentran en etapa de ampliación de información o práctica de pruebas ni aquellos cuyos expedientes físicos se hallen en las instalaciones de la JEP y no se encuentren digitalizados. [//] Durante el período de suspensión de audiencias y términos judiciales, la [SAI] y la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas solo tramitarán las providencias a que se refiere el inciso anterior y el artículo 6 del presente Acuerdo (negrilla fuera del texto original)

Debió determinarse en primer lugar la revisión del caso para así proceder al estudio de la amnistía

194. Es mi consideración que la Sala de Amnistía e Indulto frente a un caso como el que se le exponía, no podía proveer la determinación de un beneficio definitivo como la amnistía, sin que la JEP, en particular la Sección de Revisión, procediera de determinar si se debe mantener el efecto de la cosa juzgada sobre la sentencia que fue pronunciada en la JPO, pero en relación con la cual la Corte Suprema de Justicia no tuvo conocimiento del caso ni en primera ni segunda instancia, sino en el ejercicio de recursos extraordinarios.

195. Es decir, desde mi comprensión, se presenta una situación particular en términos de beneficios definitivos respecto de las personas que, condenadas como integrantes de la insurgencia, aún en el esquema de la JEP, no admiten su responsabilidad, ni han sido incluidas en los listados de las FARC y respecto de los cuales se ha agrupado un mínimo acervo probatorio indicativo de que la no inclusión obedece a que nunca integraron la guerrilla.

196. En dichos casos especiales, la existencia de una jurisdicción especial, que debe buscar asegurar la verdad, la justicia y la reparación, así como la no repetición, tiene el deber de realizar las actuaciones correspondientes en un orden congruente. Dicho orden implica evacuar la acción de revisión, para después proceder a estudiar el

beneficio de amnistía, pues dicho beneficio sólo puede tener lugar en relación con personas y hechos específicos y no, como parece entenderlo la SA mayoritaria y la SAI, que la amnistía se referiría a hechos punibles, sin considerar los factores objetivos y subjetivos correspondientes.

197. El caso del compareciente GUZMÁN reúne varias características particulares: (i) se trata de un compareciente obligatorio; (ii) ha recibido beneficios en la JPO, de conformidad con lo ordenado por la normativa aplicable a la JEP; (iii) señala que fue condenado injustamente pues encuentra que nunca perteneció a la guerrilla, ni intervino en los hechos por los cuales fue condenado; (iv) la antigua guerrilla de las FARC-EP tampoco lo incluyó en los listados correspondientes, afirmando que no podía proceder a ello porque era guerrillero; (v) reitera inmediatamente el caso arriba a la JEP, que no ha sido insurgente y que solicita la revisión de su caso; y (vi) allega en la primera entrevista ante la JEP medios de prueba que señalarían que él no intervino en los hechos por los cuales fue condenado.

198. Debe concluirse en dicho escenario que lo lógico era desarrollar la acción de revisión en primer lugar y con posterioridad a ello desatar, de ser el caso, el debate propio para el acceso a los beneficios de mayor intensidad como la amnistía.

199. Este argumento se refuerza con la consideración de la Corte Constitucional en relación con las finalidades múltiples de la calificación jurídica, desde la imposición de sanciones, hasta la concreción de la amnistía más amplia posible[276]. Entonces, determinar la amnistiabilidad e inamnistiabilidad de un caso respecto del cual la Sección de Revisión puede concluir que se trata de una persona inocente, resulta una violación profunda de los derechos de las víctimas.

200. Este es otro aspecto además que tiene profunda relación el tema del principio de congruencia o coherencia[277]. El primero fue abordado al inicio de este Salvamento de voto y se refería tanto a la extralimitación de la competencia funcional por la SAI y a la práctica de pruebas en segunda instancia. Esta segunda parte se refiere a la verificación de pasos lógicos al interior de la Jurisdicción para la administración de justicia.

201. Tanto el DIDH como el Derecho nacional, recogen la trascendencia del principio de congruencia o de coherencia. La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre su relación con el derecho de defensa y el debido proceso, a partir del artículo 8.2 de la CADH, determinando cómo su vulneración podría conllevar la invalidez de la decisión final del proceso en cuyo contexto fue adoptada la providencia en cuestión[278]. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia encuentra que el principio

[276] CC. Sentencia C-007 de 2018, párr. 189.
[277] Ver, supra: *La Extralimitación de la competencia funcional de la SAI: del principio de congruencia en relación con el proceso penal transicional en general y el trámite de las apelaciones en particular*.
[278] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C Nº 206, párr. 28; *Caso García Prieto y otro vs. El Salvador*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2008. Serie C Nº 2008; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 65-68; *Caso Almonacid Arellano y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C Nº 154, párr. 48.

de congruencia o de coherencia, constituye una "*base esencial del debido proceso*"[279], y que es exigible a lo largo de toda la actuación[280]. En tanto que la Corte Constitucional resalta que la congruencia constituye un principio estructural del procedimiento penal con independencia del esquema adjetivo en que este se inscriba[281].

202. En efecto, el principio de congruencia guarda estrecha relación con los derechos fundamentales a la defensa[282], al debido proceso y la seguridad jurídica de quienes acceden a la administración de justicia. Procura por tanto la adopción de decisiones judiciales acordes a los hechos, pretensiones y pruebas practicadas en el proceso, de modo que al momento de fallar, quien administra justicia se abstenga de pronunciarse más allá de lo pedido, por fuera de lo acreditado o sobre aquello que nunca se solicitó[283].

203. Así las cosas, el principio de congruencia debe corresponder al trámite de las actuaciones, punto en el cual se vincula con el derecho a un debido proceso, así como examen al interior de las providencias judiciales. En otros votos disidentes me he ocupado de estas últimas y he señalado que las decisiones que adopte la JEP deben obedecer a una estructura lógica de relación entre la parte motiva y la parte resolutiva, así como entre lo pedido, lo demostrado y lo decidido, cuidándose en todo caso quien administra justicia de que exista una coincidencia entre todos los aspectos antes enunciados. De otro modo, cuando se esgrimen afirmaciones que pueden contradecir la secuencia argumentativa general que antecede la decisión final, o cuando se omiten cuestiones propias de las decisiones y recursos, se presenta una posible desviación frente a lo discutido. Por lo anterior, la estructura de las providencias debe guardar armonía entre la parte motiva y la resolutiva, de modo que dicha correspondencia refleje los aspectos efectivamente debatidos, demostrados y resueltos en el proceso, y así, pueda producir la fuerza vinculante cuyos argumentos permiten orientar sucesivas decisiones semejantes.

---

[279] CSJ. SCP. Sentencia de 9 de junio de 2004, MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Radicado 20134.

[280] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Providencia SP14151-2016 de 5 de octubre de 2016, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa, Rad. 45647; Providencia de 8 de julio de 2009, Mp. Julio Enrique Socha Salamanca, Rad. 31280. Lo antes dicho coincide con lo señalado por el legislador en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), que sobre el principio en comento, señala: "Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley".

[281] Corte Constitucional, Sentencia T-1067 de 2012, MP. Alexei Julio Estrada.

[282] En este sentido, el tribunal constitucional ha advertido que "no se trata de una simple directriz, llamada a dotar de una mayor racionalidad y coherencia al trámite procesal en sus diversas etapas, sino de una garantía judicial esencial para el procesado". Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2010, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[283] Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: "(…) El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso. Esto, además, garantiza el derecho a la defensa de las partes, puesto durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados. // (…) La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia "como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, "en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó"[49]. Además ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurara un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso". Corte Constitucional, Sentencia T-455 de 2016, MP. Alejandro Linares Cantillo.

204. Esta situación también se vincula con el primero de los aspectos, esto es, la congruencia como afirmación del debido proceso y que por lo tanto debe asegurar un camino secuencial lógico entre las diferentes actuaciones. Ello me ha llevado a disentir de otras posturas de la Sección de Apelación, como las que señalaban en la sentencia Senit 01[284], la posibilidad de adelantar actuaciones al arbitrio de la Sección de Apelación.

205. Ese es un principio de interpretación que afecta desproporcionadamente el principio de seguridad jurídica, como ocurre aquí, cuando a pesar de que el ciudadano que comparece obligatoriamente a la JEP, solicita el trámite de una acción de revisión relevante para definir finalmente, sobre la base de nueva evidencia, el estado de su situación ante la Jurisdicción Especial, se procede a adoptar un trámite de amnistía que él no ha requerido y que tampoco resulta coherente con la situación fáctica y jurídica.

206. En otros votos disidentes he señalado que no es posible, adelantar las conclusiones que deben emerger de la verdad restaurativa[285]. Y en ello consiste claramente el rumbo que debió darse al caso: Disponer que la SAI determinara la base de competencia personal, temporal y material del caso, una vez hecho lo cual, la defensa, que se encuentra adscrita al SAAD, debía proveer el desarrollo de la acción de revisión correspondiente a la Sección de Revisión. Proceder a adoptar una decisión sobre amnistía, sin haber resuelto este fundamental asunto, solo tendría una explicación numérica, en relación con el desarrollo de providencias denegatorias en la JEP, pero no con la construcción de la verdad restaurativa.

207. Finalmente no puedo dejar de mencionar que en el trámite no se observa que se haya habilitado un espacio para materializar el diálogo con la señora Irene López, la víctima acreditada en el expediente. Si bien se respondieron todos sus requerimientos, se extraña una citación a una audiencia o a otro escenario en el que se permitiera que brindara su versión de los hechos y expresara sus expectativas en torno al trámite, así como las medidas de reparación, las cuales no se limitan a la indemnización.

208. Con lo anterior, ratifico que el ideario de la JEP debe coadyuvar en la reconstrucción del país a través de la materialización de los derechos a la verdad, a la justicia y la reparación integral, que competen a la sociedad entera. Las víctimas y los procesados, bajo la comprensión ética que impone la Constitución y el Derecho internacional, no deben ser nunca transformados de personas en objetos.

---

[284] Señaló en dicha decisión la SA mayoritaria: "*No obstante, en la evolución programada de la Jurisdicción, actuaciones propias de etapas aparentemente posteriores pueden adelantarse en fases iniciales, siempre que ello sea posible. Una visión secuencial de estas tareas bien podría sugerir que la SDSJ estará convocada a aplicar mecanismos no sancionatorios de definición de la situación jurídica sólo después de que la SRVR haya cumplido, dentro de los ritmos regulares de su trabajo, sus competencias de selección y priorización de casos. Sin embargo, en virtud de los principios de temporalidad y organicidad de la JEP, que además consultan los objetivos sustanciales de construir confianza para consolidar la paz y de suministrar incentivos para obtener aportes a la justicia transicional, resulta irrazonable negar que, durante los primeros años de operación, la SDSJ pueda estar circunstancialmente facultada para conceder beneficios definitivos, previo un esfuerzo de articulación con la SRVR*". Párrafo 15, sentencia Senit 01.

[285] Ver, entre muchos otros, la AV de la magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto 063 de 2018 de la Sección de Apelación.

Así, en los términos expuestos, de manera respetuosa, dejo consignados los motivos por los que salvo mi voto.

Con toda consideración,

[Documento suscrito con firma escaneada]

SANDRA GAMBOA RUBIANO
Magistrada