

Postulado: Roldán Polanco Rocha
Radicado: 110012252000201400059
Estructura: B.C.B.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

MAGISTRADO PONENTE: IGNACIO HUMBERTO ALFONSO BELTRÁN

Radicación : 110012252000201400059
Postulado : ROLDÁN POLANCO ROCHA, alias «*Gomelo*»
Asunto : Impugnación de la contabilización del término de libertad a prueba
Acta No. : 062 /23
Procedencia : Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional
Decisión : Declara nulidad

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Adoptar la decisión que en derecho corresponda, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por el postulado ROLDÁN POLANCO ROCHA, alias «*Gomelo*», su defensa técnica y la Fiscalía 181 Seccional, en apoyo a la Fiscalía 26 Delegada ante esta Sala, en contra del auto del 25 de enero de 2023, proferido por el Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional; por medio del cual, negó la autorización de salida del país y fijó en 4 años el término de libertad a prueba a partir del día siguiente a la ejecutoria de la precitada providencia.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 19 de diciembre de 2018 la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá dictó sentencia parcial condenatoria en contra de ROLDÁN POLANCO ROCHA, alias «*Gomelo*», entre otros exmiembros del Bloque Central Bolívar -B.C.B., de las Autodefensas Unidas de Colombia –AUC, imponiéndole la pena principal de 480 meses de prisión y multa de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 240 meses; que suspendidas, se sustituyeron por una pena alternativa de 8 años (96 meses); por la comisión del concurso homogéneo y heterogéneo de 27 conductas punibles que corresponden a: 1 acto de terrorismo, 13 homicidios en persona protegida, 4 homicidios en persona protegida en la modalidad de tentados, 1 hurto agravado, 2 torturas, 3 secuestros, 2 amenazas y 1 constreñimiento a apoyo bélico.

2. La anterior decisión fue apelada y mediante sentencia de 3 de marzo de 2021, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otras determinaciones, confirmó la referida condena.

3. El 8 de noviembre de 2016, la magistratura con función de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, le concedió la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva a ROLDÁN POLANCO ROCHA, misma que fue materializada el 19 de diciembre de 2016.

Se vinculó al proceso de reintegración con la Agencia para la Reintegración y Normalización –ARN, el 20 de diciembre de 2016.

4. El 7 de mayo de 2021, ante el Juzgado de Ejecución de Sentencias de esta especialidad, suscribió el acta de compromiso frente al cumplimiento de las obligaciones impuestas en la sentencia. Documento que fue remitido al despacho judicial de primera instancia, el 10 de diciembre de 2021.

5. El Juzgado de Ejecución de Sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional, avocó conocimiento de la vigilancia de las penas impuestas el 7 de mayo de 2021.

6. El 25 de enero de 2023 el postulado ROLDÁN POLANCO ROCHA sustentó una solicitud de permiso de salida del país¹. La petición fue coadyuvada por su defensor. La Fiscalía no se opuso e indicó que si se accedía a lo pretendido, se debía suministrar un canal de comunicación que le permitiera continuar cumpliendo con sus compromisos². La representación del Ministerio Público se opuso en atención a que el peticionario tiene más procesos pendientes en esta jurisdicción, se desconocen las condiciones del viaje y si cuenta con recursos para el efecto³.

7. En la misma fecha, la primera instancia se pronunció sobre la libertad a prueba del postulado y negó la autorización de salida del país invocada. Esta providencia fue recurrida por la Defensa y la Fiscalía 181 Seccional, en apoyo a la Fiscalía 26 Delegada ante esta Sala, en relación a la primera temática y, la restante, por POLANCO ROCHA.

8. En el curso de la diligencia la señora Juez, con ocasión de los recursos interpuestos, corrió traslado a los recurrentes. Seguidamente, como no recurrentes concedió el uso de la palabra a la Fiscalía⁴ y a la Delgada del Ministerio Público⁵, no así a la defensa ni al postulado POLANCO ROCHA. Finalmente los recursos de apelación fueron concedidos por el Juzgado ante esta Sala⁶.

9. El 31 de enero de 2023, a través de correo electrónico enviado por la secretaría de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, este despacho recibió la presente apelación.

III. DECISIÓN IMPUGNADA

Mediante providencia de 25 de enero de 2023 el Juzgado de Ejecución de Sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional, fijó en 4 años⁷ el término de libertad a prueba a ROLDÁN POLANCO ROCHA, alias «*Gomelo*», contados a partir del día siguiente a la ejecutoria de la precitada

¹ Registro de audio y video del 25 de enero de 2023, récord 1:17:52.

² *Ibídem*, récord 1:31:49.

³ *Ibídem*, récord 1:42:10.

⁴ *Ibídem*, récord 3:05:27

⁵ *Ibídem*, récord 3:06:13

⁶ *Ibídem*, récord 3:12:07

⁷ Equivalen a la mitad de la pena alternativa impuesta.

Postulado: Roldán Polanco Rocha
Radicado: 110012252000201400059
Estructura: B.C.B.

providencia, a su vez, negó la autorización de salida del país invocada por el postulado.

El sustento de esta determinación estribó en la aplicación del precedente horizontal y vertical. El primero, por cuanto desde su creación legal esa Judicatura siempre ha aplicado el mismo criterio en los casos en los que ha ejercido vigilancia. Y el segundo, porque la Sala Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los radicados 45321 de 16 de diciembre de 2015 y 47209 de 5 de octubre de 2016, señaló que este derecho no se adquiere de manera automática con el paso del tiempo, como sucede en la jurisdicción ordinaria, dado que en el proceso especial de Justicia y Paz es necesario comprobar el cumplimiento de los deberes de contribución a la reparación integral de las víctimas por parte del postulado, así como las obligaciones impuestas en el fallo transicional, que justamente verifica el juzgado de ejecución de sentencias en las audiencias de vigilancia.

Advirtió el *a-quo*, que la Sala de conocimiento de Justicia y Paz de Barranquilla viene aplicando el precedente de la referida alta Corporación.

En lo que respecta a la solicitud de autorizar la salida del país de POLANCO ROCHA, la negó. Para lo cual detalló lo manifestado por el peticionario e hizo referencia a los actos administrativos expedidos por la Unidad Nacional de Protección –uno de estos a solicitud del Juzgado- y expuso, que mediante la resolución número 09274 del 5 de octubre de 2022, el riesgo al que está expuesto se calificó como extraordinario y se adoptaron medidas para su protección. Continúo argumentando, que las evaluaciones de riesgo efectuadas se encuentran ejecutoriadas y no presentó más situaciones que atenten contra su vida y/o integridad personal.

Así que, como la UNP está garantizando la protección del postulado, quien tiene pendientes más procesos por los que debe responder cuando militó en el Frente Catatumbo y el Bloque Tolima, en los que cometió graves violaciones a los DDHH y al DIH, consideró, que la razón esgrimida para salir del país, no constituye motivo suficiente para acceder a lo pretendido. Lo anterior, aunado a que hasta ahora va a empezar a disfrutar la libertad a prueba que se le fijó por 4 años contados a partir de la ejecutoria de esa providencia.

IV. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN E INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTE

1. Recurrentes

1.1. ROLDÁN POLANCO ROCHA, alias «Gomelo» interpuso apelación en contra de la decisión del Juzgado de Ejecución de Sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional, concretamente contra la negativa de autorizar su salida del país. Esgrimió como argumentos los siguientes⁸: Que su vida corre peligro porque las medidas adoptadas por la Unidad Nacional de Protección, no son suficientes en atención al riesgo al que se encuentra expuesto. A su vez, adujo que lleva siete años en libertad, demostró a la justicia que está resocializado y no tiene por qué pagar doblemente los delitos cometidos. Además, que cuenta con los medios suficientes para salir del país porque ha laborado desde que está en libertad como barbero, con lo que ha subsistido y adquirió un vehículo avaluado en \$20.000.000, contrario a lo que afirmó la representante del Ministerio Público.

También, que inicialmente había solicitado el permiso para ir a Europa, pero como su esposa tiene familiares en E.E.U.U., allí podría acudir. Agregó, que no ha realizado trámites para la obtención del pasaporte ni la visa hasta tanto no exista la autorización, porque no quiere perder el dinero ni que se venza la documentación. Adicionó, que siempre ha estado presente en las diligencias a las que ha sido convocado, audiencias en las que ha pedido perdón a las víctimas con convicción porque cree en Dios. Finalmente expuso, que si se revisa su prontuario posterior a la fecha en que obtuvo la libertad, se podrá constatar que no volvió a delinquir, por lo que, reiteró que no puede pagar su condena dos veces.

1.2. La Defensa técnica hizo uso del mismo recurso, pero su inconformidad estuvo relacionada con el momento a partir del cual debe iniciar a contabilizarse el término de la libertad a prueba concedida a POLANCO ROCHA. Argumentó en el traslado concedido⁹, que el inciso 4 del artículo 29 de la Ley 975 de 2005, es claro y no admite interpretación distinta a su

⁸ Registro de audio y video del 25 de enero de 2023, récord 2:33:03.

⁹ *Ídem*, récord 2:41:25.

Postulado: Roldán Polanco Rocha
Radicado: 110012252000201400059
Estructura: B.C.B.

literalidad, tal como lo disponen los artículos 27 y 28 del C.C. De igual manera mencionó, que el derecho penal se rige, entre otros, por los principios rectores de favorabilidad y legalidad consagrados en el artículo 29 de la C.P. En el mismo sentido adujo que, estos mandatos de optimización encuentran eco en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15 y la Convención Americana de DDHH en su artículo 9; los que hacen parte del bloque de constitucionalidad conforme al artículo 93 constitucional.

Afirmó, que el *A-quo* realizó una interpretación errada de la norma y contrarió doctrina importante sobre la materia. Hizo citas textuales del tratadista Armin Kaufmann y aseguró, que la primera instancia, dio un alcance a la norma que no lo tiene. En su sentir, el inciso 4 del artículo 29 de la Ley 975 de 2005 establece que el tiempo de libertad a prueba debe empezar a contabilizarse desde que el postulado obtiene su liberación. Esta situación se concreta para el presente caso, a partir del 19 de diciembre de 2016, fecha en la que materialmente obtuvo la libertad con ocasión de la sustitución de la medida de aseguramiento. Luego, para el 20 de diciembre de 2020, afirmó, estaría superado el mismo.

Citó también el artículo 1 Superior para sustentar sus argumentos en el principio de la dignidad humana como fundante del Estado de derecho. Posteriormente aludió a decisiones de la Corte Constitucional tales como: la SU-126 del 2022, la T 171 de 2009, la T 085 de 2021 y C-438 de 2013, todas, para indicar que la interpretación correcta que se haga de las normas jurídicas es la que tiende a favorecer al hombre y sus derechos, así como, la que da prevalencia a su dignidad y la protección de las garantías fundamentales.

Cerró su intervención con la afirmación que, en caso de existir diversas interpretaciones de la normativa, como sucede con el inicio de la contabilización del término pluricitado, debe preferirse la que resulte más garantista de los derechos de postulado, particularmente su dignidad humana, o lo que es igual, al principio de interpretación *pro homine* o *pro personae*.

Por lo expuesto reiteró, que solicita se modifique el numeral primero del auto recurrido, para en su lugar, tener como punto de partida para contabilizar el término de la libertad a prueba concedida, el día siguiente en que el postulado obtuvo la libertad con ocasión a la sustitución de la medida de aseguramiento -19 de diciembre de 2016- o en su defecto, desde que la sentencia quedó ejecutoriada, esto es, el 3 de marzo de 2021.

1.3. El Fiscal 181 seccional en apoyo de la Fiscalía 26 Delegada ante el Tribunal¹⁰, centró su inconformidad, en similares argumentos a los de la defensa técnica tras considerar que debe darse por cumplido el término de libertad a prueba. Citó la determinación adoptada por esta Colegiatura el 27 de septiembre de 2021, sin mencionar la radicación. Consideró que debe adoptarse una decisión en ese sentido para dar seguridad jurídica a los postulados, ya que el tiempo de libertad a prueba no puede depender de la agenda del Juzgado, sino que debe contabilizarse desde que el postulado obtiene la libertad con ocasión de la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por el cumplimiento de la pena alternativa. Aunque señaló, que el inicio para la contabilización del término es a partir de que el postulado ingresa al proceso de reincorporación con la ARN.

Afirmó además, que de presentarse situaciones de duda, como en el caso particular, deben resolverse siempre a favor del postulado como quiera que en los procesos penales no debe admitirse la analogía *in malam parte*. Por ello solicitó modificar la decisión adoptada para contabilizar el término mencionado, desde el ingreso del postulado al proceso de reintegración en la ARN.

2. No recurrentes

2.1. La Fiscalía 181 seccional en apoyo de la Fiscalía 26 delegada ante el Tribunal de la Dirección de Justicia Transicional, no hizo uso del traslado por encontrarse conforme con lo decisión adoptada¹¹.

¹⁰ *Ibidem*, récord 2.58:49.

¹¹ Así lo dejó consignado en la audiencia citada, a récord 3:05:27.

2.2 La Procuradora 110 Judicial II Penal solicitó¹² realizar un pronunciamiento respecto de este punto que es, establecer o señalar a partir de qué momento se debe hacer efectiva la libertad a prueba que ha sido concedida; el cual no puede ser a partir de que obtiene la libertad el postulado. Señaló que su postura es, que deba ser desde el momento en que se logra la incorporación del Postulado a la Agencia para la Reincorporación y la Normalización, toda vez que es a partir de allí que vienen cumpliendo con las obligaciones que se verificaron en la audiencia. Sin embargo relevó, que el inciso 4 del artículo 29 de la Ley 975 de 2005 tiene un vacío porque no estableció desde cuándo y por ello, también es jurídicamente viable la posición que se adopta por parte del Juzgado. De allí que su criterio es que sea partir del ingreso a la ARN por ser más favorable a los intereses del postulado.

Ahora, frente a la negativa de autorizar la salida del país a POLANCO ROCHA, reclamó se confirme la decisión porque la misma se ajusta a los parámetros legales. Y si bien no puede desconocerse que el condenado ha venido cumpliendo con su proceso de reintegración y normalización, tampoco que deben darse algunos presupuestos para autorizar su salida del país, los cuales no se cumplen, tal y como lo analizó la providencia recurrida. Por tal motivo, indicó que este aspecto debe ser confirmado.

2.3. Al Postulado ROLDÁN POLANCO ROCHA, alias «*Gomelo*», ni a su Defensa técnica se les corrió traslado como no recurrentes.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 478 *ídem*, aplicables por complementariedad acorde con lo establecido por el artículo 62 de la Ley 975 de 2005, las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen, entre otros, del recurso de apelación interpuesto contra las decisiones de los juzgados de ejecución de penas y contra los relacionados con los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación.

¹² *Ibidem*, récord 3:06:13.

Postulado: Roldán Polanco Rocha
Radicado: 110012252000201400059
Estructura: B.C.B.

Con base en lo anterior, la Sala es competente para conocer los recursos interpuestos por ROLDÁN POLANCO ROCHA, alias «*Gomelo*», su defensa técnica y, el representante de la Fiscalía General de la Nación frente a la negativa de autorizar su salida del país, así como, la que definió el momento a partir del cual debe iniciarse a contabilizarse el término de libertad a prueba concedida y no declarar el cumplimiento de dicho lapso. Lo anterior, comoquiera que se trata de una decisión del Juzgado que le vigila la pena alternativa impuesta y fue condenado parcialmente el 19 de diciembre de 2018, con ponencia de este despacho.

Empero, la Sala estima que no es posible por ahora pronunciarse de fondo sobre los recursos interpuestos, porque se advierten graves falencias en el trámite adelantado por el Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional, al momento de correr los traslados a los no recurrentes. Por tanto, oficiosamente deben ser analizadas previamente para garantizar la protección de las garantías fundamentales del postulado ROLDÁN POLANCO ROCHA alias «*Gomelo*».

2. Metodología y estructura de la providencia

Para emitir el pronunciamiento que en derecho corresponde y determinar a partir de cuándo se debe rehacer la actuación por la primera instancia, se abordarán en su orden las siguientes temáticas: (i) la garantía al debido proceso, (ii) los derechos a la defensa material y técnica y, (iii) el trámite del recurso de apelación desde el principio de la doble instancia. Todos, frente a la normativa aplicable, algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Establecido lo anterior, se aplicarán esas interpretaciones al caso concreto, tomando en consideración los principios que regentan las nulidades.

3. El derecho al debido proceso

Este derecho fundamental está establecido en el artículo 29 de la

Constitución Política de Colombia¹³, y encuentra mayor relevancia en el proceso penal por la importancia de los derechos y las garantías constitucionales que pueden resultar afectadas por su desconocimiento. Se encuentra consagrado como principio rector en el artículo 4 de la Ley 975 de 2005, norma que impone la obligación de respetarlo, así como de atender las garantías judiciales a los procesados.

Sobre este derecho en el marco de los procesos de justicia transicional, ha destacado la Corte Constitucional¹⁴, que debe estar sujeto y condicionado al reconocimiento y plena garantía de los derechos sustanciales y procesales propios del Estado de Derecho, a las garantías mínimas reconocidas por la Constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos, y la plena garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación integral, y a las garantías de no repetición.¹⁵

Por tanto, no existe duda que el debido proceso, de acuerdo a su descripción constitucional, legal e interpretación que sobre el particular ha efectuado el máximo órgano de la justicia en la materia, se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas¹⁶. De manera pues, que durante este trámite e independiente de la etapa por la que se transite, se deben hacer valer los derechos sustanciales que de allí se derivan. Ello con la finalidad de lograr el respeto de las formalidades propias del juicio, el derecho de defensa en sus dos acepciones y la posibilidad de recurrir las decisiones que se consideran adversas -entre algunos otros-.

Acorde con lo señalado, bien puede afirmarse que el debido proceso es uno de los mecanismos más efectivos de protección de los derechos fundamentales. De ahí que el individuo que está sometido a un procedimiento penal, civil o administrativo, tiene garantizados sus derechos al interior de cada trámite. Lo anterior, porque todo proceso jurisdiccional se

¹³ ARTICULO 29. "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...) a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (...)"

¹⁴ Sentencia C-286/14

¹⁵ Sobre este punto se pueden consultar también, entre otras, las Sentencias T-145 de 1993, C- 370 de 2002 y T-330 de 2007.

¹⁶ Lo que se colige del artículo 29 de la C.P. de C. y el 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

circunscribe a la aplicación de normas jurídicas previamente establecidas que el funcionario competente debe acatar.

A este respecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁷ previó en su artículo XVIII, que toda persona gozaría de la garantía de concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos y a disponer de un procedimiento sencillo y breve que lo ampare contra actos de autoridad que violen sus derechos. A su vez, el artículo 10 de la Declaración Universal de los DDHH¹⁸ consagró el derecho que tiene toda persona en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones.

Por su parte y con mayor amplitud, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹, en su artículo 14.1 determinó, que todas las personas son iguales ante los tribunales, tienen derecho a ser oídas públicamente con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, tanto en materia penal como civil. Además estableció unas prerrogativas mínimas a respetarse por las distintas autoridades, dentro de las que se destaca la prevista en el numeral 3, literal d), que corresponde al derecho a estar presente en el proceso y defenderse personalmente o estar asistido por un defensor de su elección o de oficio, como se verá.

Con todo, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰ en su artículo 8, donde el derecho al debido proceso encuentra su mayor desarrollo. En términos convencionales, el debido proceso legal se traduce centralmente en las “garantías judiciales”, o en el “derecho de toda persona a

¹⁷ Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá de 1948. Acorde con el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados –que entró en vigor el 27 de enero de 1980-: constituyen elementos complementarios de interpretación los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias que dieron lugar a su celebración. Y La Convención Americana sobre Derechos Humanos, estableció en su artículo 29 la siguiente regla de interpretación: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Por lo cual su contenido debe ser utilizado como referencia para aplicar los instrumentos internacionales de derecho humanos en la región.

¹⁸ Ha servido de referencia para la protección y promoción de los derechos humanos a nivel nacional e internacional. Al respecto, se pueden consultar las sentencias: T-719 de 2003, T-496 de 2008, C-507 de 2004, T-1090 de 2005, C-454 de 2006, entre otras.

¹⁹ Entró en vigor en Colombia el 23 de marzo de 1976, con ocasión de la expedición de la Ley 74 de 1968.

²⁰ Entró en vigor en Colombia el 18 de julio de 1978, en virtud de la Ley 16 de 1972.

ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”²¹.

Y si bien en su descripción normativa el artículo 8 hace referencia a garantías judiciales, la CIDH ha aclarado que se refiere a todo tipo de actuación jurisdiccional, porque los derechos humanos constituyen un límite a la libertad estatal²². Ahora bien, Colombia incorporó dentro de su legislación esta normativa y como Estado parte en la Convención Americana tiene la obligación internacional de respetar los principios allí contenidos.²³ Por consiguiente, debe garantizar en su máxima expresión el respeto por los derechos y principios consagrados sobre la materia.

De esta misma línea hermenéutica se deduce que el Estado debe garantizar, entre otras, el acceso a procesos justos y adecuados, lo que permite a la Sala establecer sin dubitación, que la garantía al debido proceso y los que de este se derivan y se analizarán, debieron fundar el trámite que se adelantó por parte del Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional.

3.1. El derecho de defensa material

Derivado del anterior, constituye una de las principales garantías que tiene toda persona de ser oída, de hacer valer sus propios argumentos, controvertir y aportar pruebas, así como interponer recursos contra las decisiones que le afecten.²⁴ Está consagrado en el inciso 4º del artículo 29 superior. También se encuentra establecido en el literal d) del numeral 3º del

²¹ Cf. Corte I.D.H. Caso Genie Lacayo. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 74

²² Al respecto se pueden consultar: Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, Corte IDH. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 33319, Corte IDH. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, entre otras.

²³ Sobre el particular el artículo 1.1. de la Convención.

²⁴ Sentencia C-617 de 1996 (MP. José Gregorio Hernández).

artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas²⁵ que refiere en su aparte pertinente lo siguiente: “[d]urante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] a hallarse presente en el proceso y **a defenderse personalmente** o ser asistida por un defensor de su elección [...] y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio”. Subrayado y negrilla de la Sala.

Además, en los literales d), e) y h) del numeral 2º del artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁶, se señala que el Estado debe garantizar el: “derecho del inculpado de **defenderse personalmente** o de ser asistido por un defensor de su elección ...”, el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado [...], si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley” y “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Subrayado y negrilla de la Sala.

Con relación a su ejercicio, ha considerado la Corte Constitucional de manera unívoca²⁷ que la defensa en su doble modalidad, material y técnica, está garantizada tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales sobre DDHH, lo que implica que no pueden existir restricciones a este derecho.

Así lo expresó la Alta Corporación en la sentencia C-025 del 27 de enero de 2009:

“En los dos escenarios la posición de la Corte ha sido unívoca, consistente y sólida, en el sentido de sostener que, a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa preprocesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación.”

²⁵ Entró en vigor para Colombia el 23 de marzo de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968.

²⁶ Aprobada en Colombia mediante Ley 16 de 1972.

²⁷ Sentencia C-025 de 2009. Reiterada en la sentencia C-127 de 2011.

De lo anterior, resulta claro que, los postulados que se acogieron al trámite de la Ley de Justicia y Paz cuentan con la posibilidad de ejercer la defensa *motu proprio* o por intermedio de su abogado. La primera de estas prerrogativas se manifiesta cuando deciden asumir directamente la protección de sus intereses al interior del trámite transicional con las mismas facultades de la defensa técnica. Y la restante, por intermedio de su apoderado o defensor público, según sea del caso.

En punto a las limitaciones de la defensa material, es importante resaltar que el artículo 130 de la Ley 906 de 2004²⁸ refiere: “(...) *el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resultan compatibles con su condición. En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquella.*” Por ende, en cada caso concreto deberá verificarse si se trata de una diferencia entre lo que se pretende por la defensa técnica o el mero ejercicio de derecho de defensa material del postulado, que se itera, no puede tener restricción.

A este respecto se pronunció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la decisión CSJ AP del 26 octubre de 2011, dentro del radicado No. 37659 como sigue:

“(ii) Claramente los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, advierten cómo la defensa material y técnica, esto es, la que adelantan particularmente el procesado y su abogado, 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, o mejor, se faculta que por vías diferentes el procesado y su representante para el proceso penal hagan solicitudes independientes o de manera autónoma estén habilitados para interponer recursos.

Esa articulación no obsta para que, en determinados eventos, deba preferirse, dada la naturaleza de la intervención o sus efectos, el criterio de uno u otro, como sucede, para citar apenas un ejemplo puntual, en los eventos de allanamiento a cargos, donde prima la voluntad del imputado o acusado”.

²⁸ Aplicable por complementariedad.

Bajo tales interpretaciones, el postulado se encuentra facultado para presentar solicitudes e impugnar las decisiones que le afecten dentro del proceso transicional y en fase de ejecución, aun cuando su defensor no hubiese hecho requerimiento en ese sentido. Ello en atención a que no le es dado al Estado limitar el ejercicio de su derecho a la defensa material, a no ser que exista un fin legítimo²⁹. Este aspecto fue recientemente analizado por la CIDH³⁰ y reiteró que el derecho de defensa material obliga al Estado a tratar al individuo como un verdadero sujeto procesal durante todo el trámite del proceso, incluyendo la fase de la ejecución de la pena.

3.2 Defensa técnica

El artículo 14 de la Ley 975 de 2005 consagra como principio procesal el derecho a la defensa técnica que debe interpretarse, en concordancia con el 34 *idem*. A voces de esa normativa, su ejercicio está a cargo del abogado de confianza que libremente designe el postulado, o en su defecto, el que le sea establecido por el sistema nacional de defensoría pública. De estas acepciones se entiende, que quien de manera voluntaria se acogió a los parámetros de la normativa en cita, cuenta con esa garantía mínima. Además, conforme se referenció se deriva del artículo 29 superior, y por tanto es de carácter constitucional.

Lo que se armoniza con el contenido *ius* fundamental consagrado en los literales d) y e) del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.3. d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que expresan que el inculcado tiene derecho de defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección y que si no lo hiciere tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna. Por lo cual, la Convención también garantiza la asistencia legal en los procedimientos de orden penal cuando se requiera, incluso de manera gratuita.

²⁹ Caso J. vs. Perú, sentencia de 27 de noviembre de 2013. Cfr. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. párr. 55.

³⁰ A modo de ejemplo las siguientes decisiones: Caso Grijalva Bueno Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 426 100, Caso Manuela y otros Vs. El Salvador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No. 441.

La defensa técnica cumple la importantísima tarea de asesorar a la persona *sub iudice* en sus derechos y cargas procesales, es quien, ejerce un control, *inter alia*, de la legalidad de las decisiones que se adopten en procura de los intereses de su representado. Por ello que puede afirmarse, que este derecho no se agota con el asesoramiento formal, sino que debe ser efectivo³¹. Esto es, debe permitírsele al abogado como conocedor de las materias que se debaten, la intervención en las diligencias de manera activa y que acorde con su formación ejerza la defensa de manera adecuada.

Sobre el particular la Corte Interamericana de DDHH³² ha señalado, que el ejercicio pleno del derecho de defensa técnica, implica que sea eficaz, oportuno y realizado por personal técnico que permita fortalecer la protección de los intereses del procesado y no, una designación como simple medio para cumplir con una formalidad del procedimiento. Por tanto, el ejercicio de la defensa técnica que sea formal o aparente, resulta violatoria de la Convención Americana.

Bajo estas consideraciones, en caso de limitarse esta garantía, se atenta contra el derecho consagrado en el artículo 8.2.d) de la Convención, en concordancia con el 1.1 de la misma, así como contra el artículo 29 Superior y los principios consagrados en la Ley 975 de 2005, porque el postulado queda sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo del Estado. Y al Juez no le es dada la facultad de disminuir las garantías “mínimas” que amparan la efectividad de los derechos fundamentales de que goza el postulado. Conclusión a la que se arriba, en los términos del inciso 2 del artículo 2 de la Ley de Justicia y Paz.

3.3. El recurso de apelación contra autos

Para abordar esta temática resulta necesario aludir a la garantía constitucional de la doble instancia. En cuanto a su fundamento normativo de orden superior, lo encontramos en el artículo 29 de la C.P.C., artículo 8.2.h de la Convención Americana y, 14.5 del Pacto Internacional de Derechos

³¹ Sobre el particular, se puede consultar la Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

³² Cfr. Corte IDH. Caso Girón y otro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 390

Civiles y Políticos. A su vez, el artículo 20 de la Ley 906 de 2004³³ consagra como principio la doble instancia y, el artículo 26 de la Ley 975 de 2005, refiere la posibilidad de que el funcionario superior conozca del recurso de apelación y de manera genérica señala que procede contra sentencias y autos que se profieran en audiencia. Por ende, se entiende como de rango y garantía constitucional, como quiera que hace parte del debido proceso. Entonces, resulta aplicable la hermenéutica mencionada para los otros derechos en lo que respecta a su naturaleza jurídica e imposibilidad de limitación.

De igual manera, el trámite que debe imprimírsele al recurso de apelación contra autos interlocutorios se encuentra reglado y no puede ser desconocido ni limitado su ejercicio por los funcionarios judiciales al interior de los procesos. Como se expuso, el procedimiento del recurso de apelación se consagra el artículo 26 de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 27 de la Ley 1592 de 2012.³⁴ Esta norma remite expresamente al artículo 178 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010³⁵.

Bajo tales disposiciones normativas, el procedimiento a seguir cuando se trate de autos interlocutorios debe ser el siguiente, una vez dada a conocer y notificada la decisión del Juzgado en la audiencia pública, el funcionario judicial verifica si se interponen recursos por alguna de las partes o interesados. En caso afirmativo, le impone conceder el uso de la palabra al recurrente para sustentar de inmediato las razones de su inconformidad en la misma vista pública y de forma oral. Luego, debe dar traslado a las demás partes e intervinientes, para su intervención como no recurrentes y pronunciarse sobre su procedencia.

³³ Aplicable por complementariedad.

³⁴ "ARTÍCULO 26. RECURSOS. <Artículo modificado por el artículo 27 de la Ley 1592 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> La apelación solo procede contra la sentencia y contra los autos que resuelvan asuntos de fondo durante el desarrollo de las audiencias, sin necesidad de interposición previa del recurso de reposición. En estos casos, se procederá de conformidad con lo previsto en los artículos 178 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y las normas que los modifiquen, sustituyan y adicionen. (...)

³⁵ "ARTÍCULO 178. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS. <Artículo modificado por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Se interpondrá, sustentará y correrá traslado a los no impugnantes en la respectiva audiencia. Si el recurso fuere debidamente sustentado se concederá de inmediato ante el superior en el efecto previsto en el artículo anterior.

De no respetarse el trámite aludido, como aconteció en este caso en lo que respecta a la defensa material y técnica, se ven conculcados estos derechos, pues se les impide el ejercicio pleno de las garantías mínimas que consagra el debido proceso.

4. Caso Concreto

4.1 En el caso puesto a consideración de la Sala, como se advirtió al inicio, resulta imprescindible restablecer las garantías que fueron vulneradas por el Juzgado de Ejecución de Sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional, en desarrollo de la audiencia que se llevó a cabo el 25 de enero de 2023.

El examen de la actuación y la decisión confutada, en los términos expuestos en acápites previos, deja claro que la autoridad de primera instancia incurrió en afectación trascendente de las garantías del debido proceso, el derecho a la defensa material y técnica, así como a la segunda instancia en perjuicio del postulado ROLDÁN POLANCO ROCHA, alias «*Gomelo*», todo lo cual constituye motivo de nulidad.

Así se predica porque el trámite posterior a las notificaciones del auto de 25 de enero de 2023, por medio del cual fijó en cuatro (4) años el término de libertad a prueba del postulado y le negó la autorización de salida del país, contrarió el ordenamiento jurídico aplicable, como se analizará en detalle.

Para empezar se referirá la Sala al recurso de apelación interpuesto por el postulado ROLDÁN POLANCO ROCHA, alias «*Gomelo*». A este respecto se observa, que el trámite otorgado por la primera instancia al recurso de apelación interpuesto por él en ejercicio de su derecho defensa material contra el auto que le negó la autorización de salir del país, fue irregular. A esta conclusión se arriba luego de constatar los audios donde se encontró que, una vez finalizada la lectura de la decisión por el Juzgado, se procedió por parte del titular a efectuar las notificaciones en primer lugar al postulado y se presentó la siguiente situación³⁶:

³⁶ *Ídem*, récord: 2:31:46

Postulado: Roldán Polanco Rocha
Radicado: 110012252000201400059
Estructura: B.C.B.

Postulado³⁷: “Señora Juez no voy a decir nada más bien, mi vida no vale nada para ustedes después de que yo he cumplido a la justicia todo el tiempo”.

Juez³⁸: “Yo le pregunto si tiene recursos, le estoy preguntando si tiene recursos”.

Postulado³⁹: “El Abogado le dirá señora Juez, porque yo no sé de eso, no entiendo esa palabra, qué es recurso”.

Juez⁴⁰: “Recurso es que esta funcionario pudiera eventualmente reponer la decisión o que en apelación si usted está inconforme con alguna determinación adoptada en la fecha, el Tribunal de Bogotá, Sala de Conocimiento se pronuncie si confirma o revoca las decisiones que haya adoptado esta primera instancia. ¿Tiene recursos?”

Postulado⁴¹: “Si señora tengo recursos, no estoy de acuerdo con esa decisión, me parece muy injusta”.

Juez⁴²: “Su recurso es de qué, ¿de apelación?”

Postulado⁴³: “Si señora no estoy de acuerdo porque es injusto para mí. (...)”

Seguidamente se concedió el uso de la palabra a los demás sujetos procesales e intervinientes en igual sentido, entre ellos, a la defensa técnica quien con claridad manifestó que el recurso de apelación que interpondría sería únicamente contra los numerales uno y dos de la decisión. Pese a que uno de estos es la orden de librar despacho comisorio ante los Juzgados Homólogos de Neiva (Huila), aclaró que su inconformidad estaba referida al momento a partir del cual se empezaría a contabilizar el término de libertad a prueba y la negativa de declarar cumplido el término de ese beneficio. Nada dijo sobre la temática tratada por el postulado.

Continuando con el curso de la diligencia, la señora Juez corrió traslado a los recurrentes en el orden ya expresado en el numeral segundo de esta providencia, quienes sustentaron en debida forma como se precisó. Prosiguió la titular del Despacho con el traslado a los no recurrentes, así: al Fiscal 181 seccional en apoyo de la Fiscalía 26 delegada ante el Tribunal de la Dirección de Justicia Transicional,⁴⁴ quien se abstuvo de emitir

³⁷ *Ídem*, récord: 2:31:46

³⁸ Audio y video de la audiencia citada, récord: 2:32:15.

³⁹ Misma diligencia, récord: 2:32:30.

⁴⁰ Grabación de audio y video, récord: 2:32:38.

⁴¹ Grabación de audio y video, récord 2:33:00.

⁴² Récord: 2:33:08.

⁴³ Récord: 2:33:10.

⁴⁴ Así lo dejó consignado en la audiencia citada, a récord 3:05:27.

Postulado: Roldán Polanco Rocha
Radicado: 110012252000201400059
Estructura: B.C.B.

pronunciamiento por estar conforme con la decisión de negar la autorización de salir del país y, a la Procuradora 110 Judicial II Penal,⁴⁵ quien se pronunció respecto de las dos temáticas de los recursos interpuestos por los demás intervinientes en audiencia.

De inmediato, al finalizar la intervención de la representante del Ministerio Público⁴⁶, la señora Juez⁴⁷ aludió, que una vez escuchada la Procuradora, la Defensa Técnica y la Fiscalía de apoyo a la Delegada ante el Tribunal, así como la intervención que hicieron como no recurrentes sobre los puntos no impugnados, concedió los recursos de apelación interpuestos, sin más consideraciones.

Analizado al detalle el trámite de la audiencia por la Sala, se puede establecer que la primera instancia, pese a que conoció por la manifestación directa y certera del postulado que no entendía en qué consistía un recurso y pidió que fuera su defensor el que se pronunciara sobre el particular, restó importancia a sus dichos. Por el contrario, la señora Juez se esforzó en explicarle en términos jurídicos o en los que consideró más adecuados, el motivo por el que le estaba concediendo el uso de la palabra. Ante lo cual, el postulado indicó que se encontraba inconforme y señaló sus argumentos.

Lo anterior permite evidenciar, que se limitó a ROLDÁN POLANCO ROCHA la posibilidad de que su defensor técnico le brindara esa asesoría legal que mencionó requería. No tuvo la oportunidad de conocer y entender de parte de su abogado, cuáles eran sus derechos y cargas procesales frente al trámite por él promovido ante el Juzgado. Esto es, no contó con un asesoramiento efectivo y no formal ante la adopción de una decisión en contra de sus intereses. Y si bien la defensa técnica estaba conectada virtualmente a la diligencia, su labor frente a este evento, fue meramente formal desde el momento en que el postulado manifestó su interés en recurrir. Por el contrario, del audio se extrae que fue la señora Juez quien asumió esta tarea de manera oficiosa.

⁴⁵ *Ibidem*, récord 3:06:13.

⁴⁶ Récord 3:12:07.

⁴⁷ Así lo dejó consignado en la audiencia citada, a récord 3:12:10

Postulado: Roldán Polanco Rocha
Radicado: 110012252000201400059
Estructura: B.C.B.

Ahora bien, finalizada la intervención del postulado como se anotó, la señora Juez omitió conceder el uso de la palabra a la defensa técnica como no recurrente sobre este punto. No dio la oportunidad al abogado de la Defensoría para que emitiera su juicio con respecto a la negativa de autorizar la salida del país como lo hizo con los demás intervinientes en la audiencia. A este respecto es importante relevar, que el trámite del recurso de apelación está plenamente establecido por la ley y no puede ser desconocido. El artículo 26 de la Ley 975 de 2005, al establecer la formalidad del recurso interpuesto por el postulado, constituye el límite al poder punitivo del Estado que debió respetarse por la primera instancia.

Por consiguiente, resulta válido sostener que se cercenó por completo la posibilidad de conocer cuál era la postura de la defensa técnica en relación con los argumentos del peticionario y su juicio de legalidad frente a la decisión adoptada por la primera instancia. Se limitó, estando en imposibilidad de hacerlo, el ejercicio de la defensa técnica en el desarrollo del trámite del recurso de apelación. Tanto así, que la Sala desconoce, a modo de ejemplo, si el defensor público del postulado continuaría coadyuvando la solicitud para retroalimentar de manera favorable lo pretendido por el postulado o si por el contrario, ante la decisión, habría discordancia con las manifestaciones de la defensa material.

Bajo esta perspectiva, resulta válido afirmar que se vulneró a POLANCO ROCHA la garantía mínima de la defensa técnica como componente central del debido proceso. A más de lo anterior, en el desarrollo de la diligencia también se desconoció la defensa material, como quiera que el postulado no fue tratado como un sujeto procesal en el sentido más amplio de la acepción. Basta con remitirnos al momento de la diligencia en que la señora Juez además de no correr traslado como no recurrente a su defensor público, tampoco corrió ese traslado a POLANCO ROCHA en relación los recursos interpuestos por el Ente acusador ni su mismo representante. Vulnerándole así la posibilidad de ser oído en su procedimiento, bien sea para abstenerse de intervenir o realizar la manifestación que esté acorde con sus conocimientos.

De esta forma, se advierte que las irregularidades en que se incurrió por el Juzgado en ambos eventos desbordan los cauces legales, acorde con los

principios que sustentan el decreto de las nulidades cuya aplicación en el proceso penal especial deriva del principio de complementariedad consagrado en el artículo 62 de la Ley 975 de 2005, según el cual, para todo lo no dispuesto en la legislación transicional se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal, leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que en las causas desarrolladas bajo el ritual de la ley 906 de 2004 se deben tener en cuenta los mismos principios que están consignados en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000. En ese entendido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia refirió la jurisprudencia reiterada que pese a que no fueron enlistados expresamente en la Ley 906 de 2004, están implícitos en la estructura procesal misma⁴⁸.

Bajo ese entendido, se realizará el análisis de cada uno de los principios, frente a lo acontecido en la audiencia así: (i). **Taxatividad**, referido a que la declaratoria de invalidez de la actuación debe corresponder a los motivos establecidos en la ley, que se consagra en el artículo 457 ídem por violación de garantías fundamentales cuando se vulnera el derecho de defensa o el debido proceso en aspectos sustanciales.

Ambas situaciones concurren y no pueden relativizarse al encontrarse establecidas en las normas superiores citadas, por tanto, la sorpresiva variación del procedimiento efectuado por la primera instancia, no puede superponerse a la posibilidad de hacer efectivos los mandatos de la Constitución y las normas internacionales porque se compromete la esencia de la garantía al derecho de defensa.

En cuanto a la violación del debido proceso, se constata que en su forma, fue pretermitido y se adelantó uno inexistente, con lo que se desconoció el conjunto de garantías mínimas previstas en el ordenamiento jurídico que protegen a la persona incurso en una actuación judicial, para que se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

⁴⁸ CSJ SP, 3 marzo de 2004, rad. 21580, 24187 de abril 4 de 2006, 28716 de mayo 15 de 2008, 30.710 del 30 de marzo de 2009, radicado 33658 de junio 30 de 2010, entre otras providencias.

Continuado con los principios que rigen las nulidades, el de **(ii) protección** consiste en que la parte que ha dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica. Este no se concreta en los casos analizados, como quiera que fue el Juzgado quien ocasionó los trámites irregulares.

Ahora bien, el de **(iii) convalidación**, reseña que la irregularidad que genera el vicio puede ser validada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales. Sobre el particular es indiscutible que no admite convalidación porque la limitación a la asesoría e intervención de la defensa técnica y material no pueden ser aceptadas, precisamente por la incidencia en la pérdida de las garantías citadas y la imposibilidad que se presentó de pronunciarse por parte de la Defensa técnica de POLANCO ROCHA como se precisó.

Otro es la **(iv) trascendencia**, consistente en que la declaratoria de nulidad requiere, además de la demostración de la ocurrencia del error, la afectación real de las garantías o que se vulnere el proceso de manera fundamental. Estos aspectos se evidencian en perjuicio del postulado POLANCO ROCHA, a quien se impide rebatir el momento procesal a partir del cual debe contabilizarse el término de la libertad a prueba, lo que conlleva afrontar una decisión en contravía de sus intereses al haberse impedido su manifestación, además de la ausencia de asesoría para fundamentar correctamente su recurso y limitación de intervención de su defensa técnica.

Por su parte, **(v) la instrumentalidad de las formas** sugiere que no procede la nulidad cuando el acto irregular ha cumplido el propósito para el cual está destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa. Evidente resulta que no se cumple con el propósito en atención a que se impide que la segunda instancia conozca de los reparos de la decisión confutada por ausencia de asesoría al postulado y desconocimiento de la postura de la defensa técnica.

El de **(vi) acreditación** refiere que quien alegue el motivo invalidatorio debe especificar la causal que invoca y plantear los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes que lo fundamentan. Es la Sala la que oficiosamente planteó la existencia de los vicios anulatorios, los que se están señalando en

la providencia y se constatan retomando las consideraciones relativas a la afectación de las garantías tantas veces citadas y establecidas en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

Finalmente, el de **(vii) residualidad** que señala la necesidad de acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad. No de otra forma se logra garantizar que el postulado pueda por medio de su defensa técnica y *motu proprio*, hacer valer sus argumentos ante el Tribunal, posibilidad que se suprimió de tajo por la primera instancia.

En ese sentido, el trámite posterior a la providencia en cuestión, lejos está de ser ejemplo de la labor que debe asumir la judicatura para la notificación y garantía del debido proceso y los que de allí se derivan en los asuntos sometidos a su consideración, menos aun cuando ese proveer entraña desconocer claras pautas legales relativas a la garantías mínimas del postulado.

De ahí que, si bien la Ley 975 de 2005 brinda a los postulados beneficios liberatorios o es viable imponerles restricciones de locomoción que minan la libertad como la prohibición de salir del país; se trate de beneficios o limitaciones, el procedimiento para el efecto no puede desligarse de considerar la naturaleza de la acción punitiva del Estado y por ello mismo, la limitante que le impone la normativa internacional, constitucional y local a la primera instancia de aplicar el ordenamiento jurídico. Por esta razón, no le es dada la facultad de disminuir las garantías “mínimas” que amparan la efectividad de los derechos fundamentales de que goza el postulado. Sostener lo contrario, implica supeditar sus garantías constitucionales⁴⁹, convencionales⁵⁰ y legales⁵¹ a que se encuentre en determinada fase procesal para poder ejercer sus derechos.

Por tanto, aun con la existencia de una flexibilización de los estándares punitivos, a más de los beneficios que consagra la jurisdicción transicional que se aplica por el Tribunal, no es viable desconocer el derecho al debido

⁴⁹ Inc. 4 del art. 29 de la C.P.

⁵⁰ literales d), e) y h del numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁵¹ Arts. 8 y 130 del CPP.

Postulado: Roldán Polanco Rocha
Radicado: 110012252000201400059
Estructura: B.C.B.

proceso y los que de allí se derivan y están establecidos en la Constitución Política y tratados internacionales, como quiera que guardan estricta relación con el principio de la dignidad humana. Lo anterior bajo la hermenéutica del inciso segundo del artículo 2 de la Ley 975 de 2005, y tal como se ha interpretado por los máximos Tribunales nacionales e internacionales.

5. Finalmente, como lo analizado no se puede pasar por alto ni remediar por la Sala en sede de segunda instancia, se declarará la nulidad de la actuación, a partir del momento en el que se impidió a ROLDÁN POLANCO ROCHA, alias «*Gomelo*, contar con la asesoría efectiva de su Defensor Público. Ello en consideración a que en la línea de tiempo de lo acontecido, es el primer agravio cometido por la primera instancia que afectó garantías, como se precisó.

Consecuente con esta determinación, la autoridad de primer grado deberá garantizar el derecho al debido proceso, defensa técnica y material así como a la segunda instancia del postulado, dando cumplimiento estricto a lo dispuesto en el artículo 178 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010, normativa que de conformidad con el artículo 26 de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 27 de la Ley 1592 de 2012, es la que rige en materia de interposición del recurso de alzada. Igualmente deberá restablecer la totalidad del trámite adelantado con posterioridad, para garantizar a POLANCO ROCHA su derecho defensa material y técnica.

VI. En mérito de lo expuesto, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la nulidad de lo actuado a partir del momento en el que se impidió al postulado ROLDÁN POLANCO ROCHA, alias «*Gomelo*, contar con la asesoría de su Defensor Público para la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra el auto del 25 de enero de 2023, proferido por el Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional, por medio del cual fijó en cuatro (4) años el término de libertad a prueba, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria de la precitada providencia, de acuerdo con la motivación de esta providencia y negó la autorización de salida del país.

Postulado: Roldán Polanco Rocha
Radicado: 110012252000201400059
Estructura: B.C.B.

SEGUNDO: En consecuencia, ordenar al Juzgado de origen que dé cumplimiento estricto a las garantías fundamentales mínimas de POLANCO ROCHA, así como a lo dispuesto en el artículo 178 de la Ley 906 de 2004 con sus modificaciones, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa.

Devolver la actuación al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase



IGNACIO HUMBERTO ALFONSO BELTRÁN
Magistrado



ALEXANDRA VALENCIA MOLINA
Magistrada

(Firmado electrónicamente)
OHHER HADITH HERNÁNDEZ ROA
Magistrada
Salvamento de Voto

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **050a126a4f762cba09ea0f2be170edcb65d1757f3f48979b5983c18b86d88def**

Documento generado en 16/06/2023 01:14:22 PM

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