

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto acostumbrado y luego de dos Salas de deliberación convocadas por la Magistrada ponente en las que planteé mi posición jurídica¹ frente a la ponencia de nulidad de lo actuado en este proceso, me permito presentar aclaración de voto al auto interlocutorio por medio del cual se declaró la ineficacia de los actos procesales (aplicación del remedio extremo) a partir de la *audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos*, inclusive.

Para una mejor estructura lógica y argumentativa, dividiré la aclaración de voto en dos secciones. La primera, versará sobre el vínculo inescindible del auto interlocutorio que declaró la nulidad con los fallos de tutela proferidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En la segunda, se desarrollarán los puntos objeto de precisión.

I. VÍNCULO INESCINDIBLE DEL AUTO INTERLOCUTORIO QUE DECLARÓ LA NULIDAD CON LOS FALLOS DE TUTELA PROFERIDOS POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ORDEN DE PROFERIR LA DECISIÓN QUE EN DERECHO CORRESPONDE EN UN TÉRMINO DE 3 MESES

La aclaración que suscribo está cimentada en la necesidad del restablecimiento de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia en el componente de plazo razonable y pronta y cumplida justicia para las víctimas del conflicto armado interno, reconocidas en este trámite especial, y que dicho sea de paso, son personas de especial protección por parte del Estado (ya que se presume están en situación de debilidad manifiesta –art. 13 constitucional–) y son las protagonistas del proceso penal, conforme lo tiene decantado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde la providencia de 24 de febrero de 2010, radicado 32.889².

¹ Sintetizada en el **oficio UTJL 004-21 de 20 de enero de 2021**.

² Ver también, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 17 de octubre de 2012, radicado 39.269. En esta decisión la Corporación enfatizó en que los protagonistas del proceso transicional son las víctimas y no los abogados; a lo que se agrega, que tampoco lo son los fiscales y menos los magistrados.

En efecto, no puede perderse de vista que la decisión interlocutoria, que no sentencia, que convocó a esta Sala excepcionalmente –por la alteración del sistema de turnos y la premura de resolución del caso–, deviene de la comprobada vulneración de las denotadas garantías constitucionales de las víctimas, además, «(...) *del actuar moroso del tribunal en resolver el proceso penal (...)*³», que motivó la intervención de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a través de dos acciones de tutela. A saber:

La primera resuelta mediante providencia de 10 de marzo de 2020, radicado 109554 (STP2795-2020), y en la que no se declaró la violación de los derechos concernidos porque «(...) *la magistrada accionada manifestó que presentaría proyecto de decisión dentro del trimestre entre abril y junio de 2020*»⁴, plazo que no cumplió y dio origen a una nueva demanda de amparo propuesta por la víctima Sally Alexandra Hernández Galicia.

La segunda, fue culminada mediante fallo de tutela de 13 de octubre de 2020, radicado 112996 (STP8618-2020), de la Sala de Decisión de Tutelas No.1, en el que, entre otras razones, se motivó e hizo énfasis en la «(...) *inactividad del despacho de la magistrada ponente para estudiar, tramitar y resolver de fondo el proceso penal*», superándose el plazo –voluntariamente fijado por la funcionaria sustanciadora– para presentar proyecto que resolvería de fondo el asunto. De ahí que, tras la comprobada conculcación de derechos fundamentales de estos sujetos de derecho de especial protección por parte del Estado, la Corporación dio la orden perentoria de emitir la decisión que en derecho corresponda en el término de 3 meses.

Luego, al reivindicar la Corte Suprema de Justicia los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la víctima del conflicto armado Sally Alexandra Hernández Galicia, deviene urgente el restablecimiento de sus garantías constitucionales y el de las demás víctimas reconocidas, que por varios años han esperado de los Grupos Armados

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 9 de febrero de 2021, radicado 112996.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, fallo de tutela de 13 de octubre de 2020, radicado 112996 (STP8618-2020).

Organizados al Margen de la Ley (GAOML) desmovilizados y del propio Estado, la promesa de resarcimiento de las graves afectaciones causadas por la guerra y la construcción de una paz estable y duradera (valor constitucional carísimo en el Estado social –y democrático– de derecho, ya que en este se soporta la existencia misma de la organización jurídica, política y social; además los acuerdos de paz suscritos hasta el día de hoy por Colombia, de los cuales la Ley 975 de 2005 no es la excepción).

II. DESARROLLO DE LOS PUNTOS OBJETO DE ACLARACIÓN

Hecha la anterior precisión y tras mostrar la inexorable conexión entre el auto interlocutorio de nulidad y la orden de tutela de la Máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria, se explicará la aclaración de voto a partir de los puntos que estructuro a continuación: **(i)** principio de buena fe; **(ii)** principio de acceso a la administración de justicia, en el componente de plazo razonable; **(iii)** prescindencia de excesivas formalidades en el Proceso de Justicia y Paz; **(iv)** flexibilización de la jurisdicción penal en el trámite transicional, que implica flexibilización del estándar probatorio; y **(v)** cuestión final en torno al trámite tras vencimiento de las ponencias, excepción en la Ley 975 de 2005.

1. Principio de buena fe

En el auto interlocutorio del que aclaro voto, se señaló que no era procedente proferir sentencia sino decretar la nulidad por violación del debido proceso, «*en cuanto se adelantó y clausuró sin que existiera elemento de prueba alguno acerca de los presupuestos fácticos y jurídicos de los cargos formulados (sic) así como de la responsabilidad penal*», es decir, porque no se allegaron los medios de prueba para verificar la imputación.

Tal aserto, aunque en principio llamó la atención y motivó averiguaciones precisas tanto en las deliberaciones como con oficios⁵, no es cuestionado en la

⁵ Oficio 010 de 22 de enero de 2021, reiterado con oficios 013 de 26 de enero y 014 de 1º de febrero de 2021. También precisiones sintetizadas en el **oficio UTJL 004-21 de 20 de enero de 2021**, dado que no se examinaban los principios que rigen las nulidades.

actualidad, por cuanto la suscrita parte del principio de buena fe⁶ que permite presumir que la ponente hizo una revisión diligente del expediente y no encontró las evidencias echadas de menos y anunciadas en varios momentos procesales por la Fiscalía General de la Nación.

Lo anterior, sin perjuicio de lo anotado en auto de 5 de febrero de 2020, en el que la ponente refirió, en punto de la validez del soporte probatorio, que existía evidencia de que se allegaron los elementos materiales de prueba⁷, señalando:

«lo procedente es buscar la recuperación de los elementos materiales de prueba, información legalmente obtenida y evidencia física (EF) que fueron el fundamento probatorio para sustentar la formulación y aceptación de cargos de la audiencia concentrada adelantada en las sesiones mencionadas en relación con los postulados del Bloque Tolima (ACCU) antes citados».

La buena fe presumida hace concluir, que lo afirmado en el auto del cual aclaro voto, en relación concreta con la ausencia de medios de prueba, es así. Sin embargo, de no serlo, con la misma fe se cumplirá con el mandato de remisión de copias disciplinarias y penales por la posible comisión de una falta disciplinaria o conducta punible, respectivamente, ya por destrucción ora por desaparición de un expediente judicial o de piezas procesales que lo componen.

Sobre todo, porque los Magistrados no ejercen funciones de fiscalización de los procesos repartidos a los colegas⁸ ni tienen competencia para hacer auditoría en los Despachos que integran las Salas de decisión, por lo que, se insiste, debe presumirse que el estudio del proceso fue adecuado, diligente y oportuno. También, que se hicieron las gestiones de impulso procesal pertinentes para enmendar incorrecciones del trámite, como se colige del señalado auto de 5 de octubre de 2020, en cuanto a la recuperación o reconstrucción del expediente, sin que fuera posible hacerlo, ya que, se presume, igualmente,

⁶ Artículo 83 de la Constitución Política.

⁷ «Sin embargo, a tan extremo remedio procesal se llegaría si no existirá evidencia de que tales elementos materiales de prueba (EMP no se hubiesen allegado al expediente ni fueron soporte de las intervenciones realizadas por el ente investigador, situación que no es lo que acontece en el asunto sub examine»

⁸ Tampoco de revisión minuciosa de los expedientes a cargo de los colegas. De lo contrario la dinámica en cualquier cuerpo colegiado se vería trastocada y colapsada.

que la respuesta ofrecida por el Fiscal del caso en oficio de 27 de octubre de 2020⁹ no permitió subsanar la falencia.

Es así por lo que en respeto de este principio constitucional y con miras a materializar la obligación de verdadera protección de las prerrogativas subjetivas vulneradas a las víctimas, protegidas por la Sala de Casación Penal del Supremo Tribunal en el fallo de tutela precitado, aprobé y firmé el respectivo auto para que en el término concedido se adoptara una decisión de fondo en el asunto, evitando así continuar con la declarada mora judicial de la ponente, hecha extensiva a la Sala de decisión.

2. Principio de acceso a la administración de justicia, en el componente del plazo razonable –pronta y cumplida justicia–

No pretendo hacer un análisis minucioso de este mandato previsto en el artículo 229 de la Constitución Política y en diversos instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14) y la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8 y 25), sino llamar la atención en cuanto a que el acceso a la administración de justicia congloba el denominado plazo razonable, entendido como el interés superior a pronta y cumplida justicia. Que adquiere mayor relevancia cuando tiene que ver con la efectividad de la prerrogativa fundamental a la verdad, la justicia y la reparación¹⁰, propio de sujetos de derecho de especial protección como lo son las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, como se presume son las del conflicto armado interno.

De ahí que sea imperioso que las autoridades que investigan y juzgan los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad remuevan los obstáculos

⁹ Remisión de links con los elementos materiales de prueba.

¹⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005. En esta providencia explícitamente se indicó: «Este Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino éste debe además asegurar, **en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables**» (negrita y subrayado fuera de texto original).

legales, procesales o prácticos que hagan ilusorias estas prerrogativas de las víctimas¹¹. Máxime cuando «*el Estado debe asegurar que las reclamaciones de reparaciones formuladas por las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares no enfrenten complejidades ni cargas procesales excesivas que signifiquen un impedimento u obstrucción a la satisfacción de sus derechos*»¹².

Por tanto, si el paso del tiempo incide de manera negativa en la satisfacción de los derechos de los afectados, es necesario darle mayor diligencia al proceso para que sea resuelto de manera definitiva en un tiempo breve¹³, sin que la sobrecarga crónica de los despachos sea excusa válida para el retraso excesivo¹⁴.

Así las cosas, el derecho al acceso a la administración de justicia en manera alguna se reduce al componente simplemente formal, entendido como posibilidad de acudir a la jurisdicción (sentido estricto), pues conlleva de manera extensa el derecho a obtener justicia (sentido amplio), lo que sin duda apareja el esclarecimiento de los hechos, el restablecimiento de los derechos transgredidos con la consecuente reparación oportuna a las víctimas¹⁵, sobre todo cuando estas exigencias son imponibles tanto en el orden nacional como internacional. Lo contrario, sin dificultad se interpreta como denegación de justicia que, de suyo, activa la competencia subsidiaria de tribunales internacionales de derechos humanos.

¹¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, sentencia de 11 de mayo de 2007.

¹² *Ibidem*.

¹³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo vs. Colombia, sentencia de 27 de septiembre de 2008.

¹⁴ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e hija vs. Argentina, sentencia de 27 de abril de 2012.

¹⁵ Ver, Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, voto razonado del juez Antonio A. Cançado Trindade; Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003, voto concurrente del juez Antonio A. Cançado Trindade; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003, voto concurrente del juez Sergio Ramírez García.

Es así por lo que se hace improrrogable, urgente y perentorio la definición jurídica de este proceso, so pena de mantener en una suerte de zozobra eterna a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos.

3. Prescendencia de excesivas formalidades en el Proceso de Justicia y Paz

De tiempo atrás la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene establecido que es necesario prescindir de excesivas formalidades para darle mayor celeridad al Proceso de Justicia y Paz, pues *«(e)n el trámite regulado por la Ley 975 de 2005, tanto los postulados como las víctimas esperan decisiones prontas mediante las cuales se resuelvan sus expectativas procesales; y la sociedad reclama a la administración de justicia –fiscales y jueces– resultados en relación con la política pública de reconciliación con los grupos armados al margen de la ley»*¹⁶, en la medida que el paso del tiempo, la prolongada duración de los procedimientos y el abuso de las ritualidades juega en contra de los principales y reales afectados¹⁷. Aspecto que, de paso, hace nugatorio el principio de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 constitucional).

En desarrollo de esa hermenéutica concluyó la destacada Corporación:

«Así, frente a las discusiones que se presentan en el contexto del proceso transicional se hace imperativo ponderar –a efectos de su eventual permisión- si el resultado de la misma mejora sustancialmente la situación procesal de un gran número de víctimas, si agiliza su trámite, y si incorpora aspectos fundamentales del proceso de paz, cuya facilitación justifica precisamente la existencia de la Ley 975 de 2005.

*Así, pues, la Sala aprovecha la oportunidad para requerir a los sujetos procesales e intervinientes (también a los directores del proceso) a asumir una actitud proactiva en aras de imprimirle celeridad y orden al proceso, frente a su efectiva eficacia, por tratarse de un modelo de justicia transicional cuya filosofía se sustenta en el aseguramiento de la paz»*¹⁸.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 17 de octubre de 2012, radicado 39.269.

¹⁷ Víctimas y postulados.

¹⁸ *Ibidem*.

En consonancia con esta finalidad, la supresión de formalidades excesivas y en ocasiones inoficiosas, como por ejemplo, la exhibición exhaustiva de cada prueba del hecho o de la autoría y participación, se impone necesaria para la resolución definitiva de los casos de Justicia y Paz para evitar caer en una espiral de tiempo y ritos que van en detrimento de los verdaderos protagonistas del proceso transicional, la búsqueda de la verdad y la anhelada paz.

4. Flexibilización del ejercicio de la jurisdicción penal en el trámite transicional, que implica flexibilización del estándar probatorio

Es un lugar común que los procesos transicionales en el mundo aparejan la flexibilización del ejercicio de la jurisdicción penal. Basta para ello con acudir a la sentencia C-370 de 2006, en la que la Corte Constitucional al hacer el análisis de conformidad con la Carta Política de la Ley 975 de 2005 refirió que:

«En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social. La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado "justicia transicional" o "justicia de transición", pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción».

En este último punto, es decir, la necesidad y exigencia de investigación, juzgamiento y reparación, estriba la trascendencia de la flexibilización del ejercicio de la acción penal, que sin duda se hace extensiva a los estándares probatorios para la averiguación de la verdad, la atribución de responsabilidades, la reparación de las víctimas y la paz nacional, ya que es un hecho notorio, y a la vez una dificultad del proceso especial, que la mayoría de conductas punibles ocurrieron en un periodo amplio que en muchos casos superan los 10 o 20 años, se caracterizaron por la impunidad y carencia de

evidencias por situaciones de violencia generalizada, que es lo que se pretende superar con la transición y la flexibilización de los estándares internos y externos.

De ahí que exigir las mismas prerrogativas probatorias de la jurisdicción ordinaria llevaría o mantendría, incluso perpetuaría, no solo la impunidad, sino la revictimización de los protagonistas de la transición y la imposibilidad de reparación.

En este orden de ideas, difícilmente se pueden exigir en la dinámica probatoria del proceso de Justicia y Paz la exhibición, aducción y controversia de cada una de las pruebas en hechos que se cuentan por miles como cientos los postulados; máxime cuando, como viene de verse, debe prescindirse de excesivas formalidades; y sobre todo cuando se trata de una jurisdicción voluntaria en la que todas las sentencias son condenatorias.

El criterio de flexibilización de las reglas de apreciación de las pruebas en manera alguna significa ausencia de estas. Pues realmente implica un ejercicio menos riguroso del debido proceso probatorio en virtud de la priorización de los casos de violaciones masivas de derechos humanos, las exigencias de la comunidad internacional y la reparación y restablecimiento de las víctimas en contextos de violencia generalizada, sobre todo cuando se está ante miles de hechos acaecidos en geografías que se caracterizaron por la abandono de las autoridades legalmente constituidas, periodos amplios y culturas amenazadas, atemorizadas y desplazadas.

Por tanto, se justifica y es evidente la aplicación constante del estándar disminuido cuando se verifican los requisitos exigidos a las víctimas para la indemnización¹⁹, pues básicamente las pruebas aportadas por estos intervinientes son facilitadas por la Fiscalía General de la Nación y son idénticas a las presentadas cuando formalmente se imputan y formulan los miles de

¹⁹ Ver, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 5 de febrero de 2020, radicado 50.100; de 29 de enero de 2020, radicado 48.724; de 13 de noviembre de 2019, radicado 51.819; de 23 de octubre de 2019, radicado 53.125; y de 12 de junio de 2019, radicado 54.018, entre otras.

cargos a un número elevado y hasta el momento indeterminado de desmovilizados.

Por consiguiente, la pretensión de rigurosidad en el debate probatorio debe ceder ante la necesidad de llegar a la verdad del conflicto armado, hacer justicia, obtener reparación y garantizar la no repetición para conseguir la anhelada finalidad de paz, que está en la base de todos los procesos transicionales en el mundo y legitiman un trato benévolo de la comunidad internacional.

Todo esto apunta a ponderar la necesidad de prueba, que no la ausencia, cuya verificación corre por cuenta y es función del despacho sustanciador, mediado evidentemente por la aplicación del principio de buena fe por parte de los magistrados acompañantes, tal como se analizó en el numeral 1 de esta sección y reitero en este punto.

5. Cuestión final en torno al trámite tras el vencimiento de las ponencias en la deliberación. Excepción en jurisdicción de Justicia y Paz

Merece elucidar que la ponencia que se convirtió en decisión tiene el carácter de auto interlocutorio, que no sentencia. Por lo mismo, en criterio de la suscrita, ante el eventual vencimiento del proyecto de auto interlocutorio declarando la nulidad, lo procedente y obligatorio era dictar la sentencia, previo a subsanar los yerros de omisión de pruebas advertidos por la ponente en el auto de 5 de octubre de 2020, pero no aplicar el artículo décimo del Acuerdo PCSJA17-107015 de 2017, que establece que la decisión será proyectada por el magistrado que siga en turno, pues recuérdese que esta es una jurisdicción especial (aspecto que retomo más adelante para sustentar mi postura).

Nótese que en este sentido se pronunció la Sala de Casación Penal en el fallo de tutela de 13 de octubre de 2020, radicado 112996 (STP8618-2020) –que suscitó la providencia de la que se aclara voto–. Dijo al respecto:

*«se observa que el proceso continúa en turno para ser resuelto, incluso solo hasta el 5 de octubre del presente año, estando en curso la presente tutela, emitió un auto solicitando a la Fiscalía allegar las carpetas que contienen su intervención en las sesiones de audiencia concentrada «formulación y aceptación de cargos», es decir, **previo a la formulación de la presente tutela no había adelantado un estudio detallado del proceso, pues de ser así, fácilmente hubiese advertido la ausencia de las aludidas carpetas y la necesidad de solicitarlas a la entidad correspondiente**» (destaca la firmante).*

Ahora bien, existe un antecedente en esta Sala de Justicia y Paz con un proceso repartido al Despacho de la misma magistrada ponente, en el que, tras ser derrotada en deliberación su propuesta de nulidad, no tuvo más remedio que dictar el correspondiente auto interlocutorio resolviendo la solicitud de exclusión²⁰.

Además, se itera que Justicia y Paz es una jurisdicción voluntaria y especial en la que de manera anticipada se sabe que todas las sentencias son condenatorias, ya que por la naturaleza de la transicionalidad son imposibles los fallos absolutorios. Por tanto, nunca una ponencia de sentencia va a ser derrotada porque su sentido es de condena, como sí sucede en la jurisdicción ordinaria, en donde sí es posible que el magistrado que sigue en turno, tras la derrota, proyecte una absolución (también es plenamente aplicable lo contrario, es decir, que una ponencia absolutoria sea vencida e impere proyectar al siguiente funcionario en turno una condenando).

Huelga precisar, que en Justicia y Paz dicha excepcionalidad o imposibilidad de que se venza en Sala de deliberación el sentido de la decisión, solo se predica de las sentencias, no de los autos interlocutorios que resuelven, por ejemplo, las solicitudes de exclusión; escenario en el que sí puede ser derrotado el sentido de la ponencia (excluir o no excluir) y aplicar sin excepciones la regla del artículo décimo del Acuerdo PCSJA17-107015 de 2017.

²⁰ Ver providencia de 9 de julio de 2019, radicado 2017-00187, postulado Rubiel Delgado Lozano.

Esclarecer este último punto es fundamental para la suscrita, toda vez que contribuye a restablecer los derechos fundamentales de las víctimas a un debido proceso y acceso a la administración de justicia (plazo razonable), conforme se declaró en la acción de tutela radicado 112996 (STP8618-2020), que originó tanto el auto interlocutorio que declaró la nulidad como la presente aclaración de voto.

III. En los anteriores términos dejo planteados los argumentos de la aclaración de voto al auto previamente identificado.

Con toda atención,


ULDI TERESA JIMÉNEZ LÓPEZ
Magistrada

Fecha *ut supra*.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., 20 de enero de 2021

Oficio: UTJL 004-21

Doctora

OHER HADITH HERNÁNDEZ ROA

Magistrada - Sala de Justicia y Paz

Tribunal Superior de Bogotá

Ciudad.

Ref. Observaciones al proyecto

Rad. 2015-00184

Postulados: Ricardo Soria Ortiz y otros

Bloque Tolima

Cordial saludo.

Por medio del presente oficio y con el respeto acostumbrado, me permito señalar las observaciones al proyecto del radicado de la referencia, cuyo registro y convocatoria se hizo ayer 19 de enero de 2021, esta última a las 3:48 p.m. a través de correo electrónico (oficio DOHHR 001-21).

La ponencia pretende decretar la nulidad a partir de la audiencia de formulación de cargos, inclusive, por violación del debido proceso «*por faltar tanto con la presentación del escrito de solicitud de audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos como en las diferentes sesiones en las que se desarrolló la vista pública, la incorporación de los elementos materiales de prueba (...)»*», lo que en sentir de la suscrita desconoce algunos de los principios que rigen las nulidades, cuya observancia y demostración es obligatoria, máxime cuando quien la propone es el despacho judicial a cuyo cargo ha estado el proceso, por lo menos desde el 15 de noviembre de 2018. Además, desatiende la orden perentoria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en

providencia de 13 de octubre de 2020, radicación 112996, como paso a exponer.

1. La propuesta de nulidad por el primer cargo planteado desconoce los principios de instrumentalidad, trascendencia y residualidad que rige esta institución

Sustentar la nulidad en la aparente omisión de «(...) *la presentación del escrito de solicitud de audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos (...)»* contradice el principio de instrumentalidad, por cuanto la invalidación no procede cuando el acto tachado de irregular cumple con el propósito para el cual estaba dispuesto (en concordancia con el artículo 228 constitucional); en consecuencia, de ser cierta la supuesta carencia, la misma no es trascendente en el caso analizado, en tanto efectivamente se realizó la audiencia concentrada y se formularon los cargos a cada uno de los postulados.

En gracia de discusión, dicho sustento también quedó sin soporte al referir la Magistratura sustanciadora en auto de 5 de octubre de 2020, lo que a continuación se transcribe, dejando en evidencia que el ente acusador sí radicó el escrito de acusación, siendo este el acto procesal por excelencia para solicitar la audiencia concentrada. A saber:

*«el despacho ponente se percató de la carencia (física y/o digital) que contienen los soportes probatorios que demuestran la materialidad de los ilícitos de acuerdo con los hechos y cargos formulados en las sesiones de audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos por los postulados, **que aparecen enunciadas como anexas en el escrito de acusación presentado por el Fiscal 56 adscrito a la Dirección del a Fiscalía Nacional Especializa de Justicia Transicional de Ibagué** (sic) Tolima (sic) fechado el 27 de julio de 2015»* (énfasis de la firmante).

Súmese a lo anterior, que en la propia ponencia ilustró sobre el particular de la siguiente forma: **«El escrito de solicitud de audiencia concentrada de formulación parcial y aceptación de cargos fue radicado ante la Secretaría de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá el 27 de julio de 2015 (...)»** (énfasis de la firmante).

Por la misma senda, la propuesta de nulitar lo actuado tampoco consulta los principios de trascendencia y residualidad, entendido el primero, como que no basta con acreditar el yerro, por cuanto debe demostrarse que este afectó de manera real y cierta los cimientos fundamentales del debido proceso; y el segundo, como la comprobación de que no existe una solución procesal distinta a declarar la ineficacia de los actos procesales, ya que al no verificarse el supuesto de hecho base de la irregularidad (faltar el escrito de solicitud de audiencia concentrada), no existe socavación de las bases del debido proceso (trascendencia) y, por ende, no es necesario ninguna solución diversa a la invalidación (residualidad).

2. La nulidad por el segundo cargo desconoce el principio de protección

El principio de protección, comprendido como proscripción de que quien genere la incorrección la use en su propio beneficio, también se ve afectado con el proyecto presentado, porque la aludida falta de elementos materiales probatorios –como base de la nulidad– no es atribuible de manera certera a la Fiscalía General de la Nación.

En efecto, en la propia ponencia la Magistrada sustanciadora transcribió en relación con el titular de la acción penal: *«Por último el despacho informa a la magistratura que las carpetas escaneadas y que figuran en el link, son las mismas que fueron objeto de debate en la audiencia concentrada»*, lo que permite inferir, que lo echado de menos sí fue traído y estudiado en la audiencia concentrada.

Tal inferencia es respaldada clara y categóricamente por la ponente en el auto de 5 de octubre de 2020 al referir que:

«la carencia del soporte probatorio podría tornarse como desprovista de validez según viene de entenderse (...)

Sin embargo, a tan extremo remedio procesal se llegaría si no existiera evidencia de que tales elementos materiales de prueba (EMP) no se hubiesen allegado al expediente ni fueron soporte de las intervenciones realizadas por el ente

investigador, situación que no es lo que acontece en el asunto sub examine.

Lo anterior, como quiera (sic) que en las sesiones de la audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos, el representante de la Fiscalía General de la Nación en cada hecho enuncia los elementos materiales probatorios y evidencia física como soporte probatorio del componente fáctico para la formulación de los cargos a los postulados para su aceptación y posterior legalización, y, como antes se expuso, se refieren estar anexas al escrito de acusación radicado por el Fiscal 56 adscrito a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional de Ibagué (sic) Tolima (sic) del 27 de julio de 2015» (énfasis de la firmante).

Y encuentra todavía más sentido en la solución procesal adoptada por la Magistrada en el referido auto –alterna a la nulidad–, esto es, «(...) buscar la recuperación de los elementos materiales de prueba, información legalmente obtenida y evidencia física (EF) que fueron el fundamento probatorio para sustentar la formulación y aceptación de cargos de la audiencia concentrada adelantada en las sesiones mencionadas (...)» (énfasis de la firmante).

Así las cosas, si el yerro se generó en el propio Despacho ponente, no es posible que este mismo alegue tal vicio (carencia de pruebas) en su propio beneficio, dado que sería desconocer el principio de protección que rige las nulidades.

A manera de complemento, si los elementos materiales de prueba fueron introducidos al proceso en audiencia y no fueron encontrados por el Despacho que los custodiaba, lo procedente sería formular denuncia ante la Fiscalía para que investigue esta irregular situación e intentar la reconstrucción del expediente, pero jamás acudir al remedio extremo propuesto.

3. La nulidad desconoce el principio de acreditación

El principio de acreditación alude a que, quien alega la incorrección tiene que especificar la causal invocada y señalar inexcusablemente los fundamentos de hecho y de derecho que la sustentan. Como viene de verse, no existe ninguna falencia trascendental en el procedimiento que habilite la nulidad presentada, por lo que la ponencia queda sin soporte (fundamentos).

No obstante lo ostensible de la afirmación, es imperioso agregar, que de acuerdo con los apuntes de la suscrita, que dicho sea de paso fueron prestados a la Magistrada ponente en razón del término perentorio para emitir la sentencia, en este proceso transicional la Fiscalía presentó para fallo un aproximado de **67 hechos criminales**, de los cuales, alrededor de **42 (63%)** ya fueron legalizados y las víctimas reconocidas e indemnizadas en sentencias ejecutoriadas proferidas por esta Sala de Justicia y Paz (ver radicados. 2008-83167 y 2014-00103 –incluso algunos de los hechos fueron objeto de legalización en ambas providencias–).

Luego, como las providencias señaladas gozan de la doble presunción de acierto y legalidad, quedan pendientes de verificación y legalización un estimado de tan solo **25 hechos (37%)**.

A manera de ejemplo cito los siguientes:

- Homicidio de Fredy Eccehomo Ospitia Ospitia, apropiación de bienes de José Arley Rodríguez. **Hecho 88 – 237** del radicado 2014-00103 y **Hecho 4** en el radicado 2008-83167.
- Homicidio de Luz Mélida Cruz Mahecha. **Hecho 5** del radicado 2008-83167 y **Hecho 80 – 235** radicado 2014-00103.
- Secuestro, tortura, homicidio de Nelson Enrique Galicia Barreto. **Hecho 28 – 216** del radicado 2014-00103 y **Hecho 16** radicado 2008-83167.

Esto permite concluir, que no se requiere nuevo análisis de la totalidad de los elementos materiales de prueba «extrañados» –y que al parecer se extraviaron–, en virtud que en los fallos destacados fueron examinados por la Sala. Es palmario, entonces, que la nulidad pretendida por el Despacho sustanciador carece de fundamentos de hecho y de derecho.

4. La nulidad vulnera el debido proceso, en su componente de pronta y cumplida justicia, y revictimiza a la accionante de la tutela, entre otros afectados por los hechos criminales que se juzgan

Es preciso recalcar el contexto del proyecto presentado. Surge de dos acciones de tutela presentadas por una víctima reconocida en este trámite que demanda la materialización del principio constitucional del debido proceso y acceso a la Administración de Justicia, que estima conculcados por no proferirse la sentencia en el proceso radicado No. 11001-22-000-2015-00184-00, adelantado contra el postulado RICAURTE SORIA RUÍZ y otros exmilitantes del Bloque Tolima.

Si bien en la primera de ellas la Sala de Casación Penal de la Corte negó el amparo constitucional (providencia de 10 de marzo de 2020, rad. 109554), en la segunda lo concedió porque advirtió «(...) *inactividad del despacho de la magistrada ponente para estudiar, tramitar y resolver de fondo el proceso (...), más aún cuando fue el mismo despacho aquí demandado quien manifestó que presentaría proyecto de decisión en terminada fecha y ya han transcurrido cuatro meses de haberse cumplido el plazo que voluntariamente se fijó*». Este plazo fue corroborado por la Corte Suprema a partir de las respuestas de la Magistrada sustanciadora a las peticiones de la víctima Sally Alexandra Hernández Galicia, también al descorrer el traslado en las acciones de amparo.

En este orden de ideas, decretar la nulidad, pese a los insalvables defectos destacados en precedencia, haría nugatorios los derechos fundamentales de las víctimas de este proceso de Justicia y Paz (protagonistas de la jurisdicción transicional¹), sobre todo el debido proceso en su componente de pronta y cumplida justicia, pilar esencial en nuestro Estado social –y democrático– de derecho; revictimizándolas y sometiéndolas a una espera indefinida que no están en el deber jurídico de soportar, máxime cuando deviene de actos de funcionarios que representan al Estado.

¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 24 de febrero de 2010, radicado 32889.

5. El proyecto incurre en un falso argumento al sustentar una posición jurídica en una providencia que no se ajusta al caso planteado

La ponencia incurre en un error argumentativo al sustentar la pretendida –y no probada posición jurídica– en una providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que no se ajusta al caso concreto, a saber: decisión de 5 de agosto de 2020, radicado 55135.

Efectivamente, en el precitado fallo la Fiscalía solamente enunció que entregaba los medios de conocimiento o materialidad de los hechos, empero, realmente no los aportó y la Sala de Justicia y Paz de Barranquilla se abstuvo de hacer el respectivo control de legalidad para percatarse de la trascendente omisión, surgiendo evidente el decreto de nulidad por parte de la Sala de Casación Penal.

En el caso analizado, como se ha venido enfatizando, no sucedió lo mismo, por cuanto los elementos de prueba, conforme se deduce del auto de 5 de octubre de 2020 y la respuesta de la Fiscalía a la petición de «*recuperación*», sí fueron entregados y al parecer se extraviaron en el Despacho ponente. Asimismo, y no menos importante, dicha materialidad ya fue analizada en los radicados 2008-83167 y 2014-00103 en por lo menos **42 hechos (63%)** del total de **67** que presentó el ente acusador para legalización.

Así las cosas, el contexto del proyecto no se ajusta a la base fáctica de la providencia, incurriendo en un típico error de argumentación (falso argumento).

6. El proyecto desconoce el fallo de tutela de la Corte Suprema y rehúye responsabilidades de la ponente

Para no ser reiterativa, la ponencia no resuelve el caso de fondo ni emite la decisión que en derecho corresponde, tal como lo ordenó la Sala de Casación Penal. Además, injustificadamente traslada responsabilidad de la ponente inicial a los Magistrados acompañantes de Sala, en virtud de que, ante la

derrota del proyecto, automáticamente el proceso pasa al Funcionario Judicial que siga en turno, con el fin de que proyecte el fallo (con el plazo de tutela vencido).

En consecuencia, la ponente inicial, bajo supuestos fácticos que no existen, en apariencia cumple la orden de tutela de la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria, y pese a que ontológicamente no acata el mandato, se libera de la obligación de dictar la sentencia y rehúye su responsabilidad por la comprobada inactividad, pasando convenientemente dicho deber a otro funcionario. Esto, de manera palmaria fractura el principio de responsabilidad calificada del artículo 6 constitucional, máxime cuando los Magistrados acompañantes siempre han estado prestos, dispuestos y brindado su colaboración para que se profiera la decisión que en derecho corresponde lo antes posible.

Por tal razón excepcionalísima, lleva a la suscrita a poner en conocimiento de la Sala de Decisión de Tutelas No. 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, esta compleja situación vulneradora de derechos *iusfundamentales* y a todas luces revictimizante, con el fin de que, si lo estima pertinente, tome los correctivos del caso; afirmando de antemano, que en circunstancias normales jamás habría informado los pormenores de las deliberaciones.

Lo anterior, para su conocimiento y demás fines legales pertinentes.

Atentamente,



ULDI TERESA JIMÉNEZ LÓPEZ

Magistrada

Con copia: Dr. Álvaro Fernando Moncayo Guzmán
Magistrado Sala de Justicia y Paz