

SALVAMENTO DE VOTO

Por medio del presente, con el respeto acostumbrado ante los criterios que no comparto, y como integrante de Sala dentro del proceso en referencia, me permito sustentar el salvamento de voto, conforme criterio que dejé expuesto en las dos salas de deliberación, la última de fecha 16 de febrero del año en curso y tal y como quedó consignado en línea inferior a mi rubrica en el proveído que antecede, referente al auto mediante el cual se declara la nulidad de lo actuado, inclusive desde el inicio de la audiencia concentrada.

El motivo del salvamento ha sido insistente y consistente con la postura que el suscrito ha venido exponiendo en las dos Salas de Deliberación a que fuimos convocados, bajo la temática de proferir sentencia una vez culminada la audiencia concentrada y finalizado el incidente de reparación integral, sin que ninguna de las partes e intervinientes haya planteado y menos sustentado una causal que pudiera nulitar lo actuado, por ello mi postura de reclamar se dicte el fallo correspondiente.

La decisión de nulidad de la cual me apartó se funda principalmente en señalar que existe violación a las garantías fundamentales del debido proceso y derecho de defensa, dado que se adelantó y clausuró la audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos, sin que existiera elemento de prueba alguno acerca de los presupuestos fácticos y jurídicos de los cargos formulados así como de la responsabilidad penal. Sin embargo, tal afirmación con miras a sustentar mi disentimiento con lo resuelto en la providencia, conlleva a desarrollar los siguientes ejes temáticos: *(i)* Antecedente procesal a la decisión de Nulidad, *(ii)* consideraciones preliminares, *(iii)* planteamiento del problema jurídico y, *(iv)* conclusiones.

(i) ANTECEDENTE PROCESAL A LA DECISIÓN DE NULIDAD

Como elemento importante que fortalece la conclusión que tendré en el presente caso, se basa en las dos acciones constitucionales de tutela interpuestas por los mismos hechos por la señora Sally Alexandra Hernández Galicia, quien es víctima junto con su grupo familiar, en el marco del proceso 2015-00184, por considerar vulnerados su derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia sin dilaciones injustificadas, buscando la emisión del correspondiente fallo, a saber:

- (i) En primera instancia, la Corte Suprema de Justicia STP 2795-2020, 10 mar, 2020, rad. 109554, acta 59, MP. Patricia Salazar Cuéllar, resolvió negar el amparo reclamado al concluir, que *“Actualmente el Tribunal accionado está programado para proferir el fallo correspondiente entre abril y junio de 2020, con lo que se están haciendo efectivos los derechos al debido proceso y el acceso a la administración de justicia de las víctimas y de los postulados”* y la siguiente,
- (ii) Decidida por la Corte Suprema de Justicia STP8618-2020, rad. 112996, acta 213, 13 oct, 2020, M.P. Eugenio Fernández Carlier, quien tuteló los derechos reclamados y ordenó en el término de tres (3) meses, la emisión de la decisión que en derecho corresponda.

Ante la concurrencia de esas circunstancias particulares, es claro, que corresponde a esta autoridad pública velar porque no se desconozcan esos derechos de las partes en especial de las víctimas.

(ii) **CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

Adicionalmente a lo expuesto y al requerimiento imperativo para dictar el correspondiente fallo al tenor de la tutela en referencia, se tiene de lo actuado y conforme a lo consignado en la providencia objeto de

salvamento que si bien es cierto se reclama el aporte de los elementos de prueba que fueron enunciados en el escrito de acusación y que sirvieron de sustento a los cargos formulados en la audiencia concentrada, mismos que fueron aceptados por todos y cada uno de los señores postulados, que en respuesta, el representante de la Fiscalía aporta correos electrónicos en los cuales reposan los documentos echados de menos, en otras palabras, en este momento, es decir desde el año anterior (27 de octubre 2020) y ante requerimiento de quien funge como Ponente, la Fiscalía corrigiendo o ratificando un acto que al parecer no cumplió o lo hizo de manera deficiente, deja a disposición de la sala unos *links* donde se encuentra la información reclamada, eventos que serán objeto de análisis, bajo los acápite que se esbozaron con antelación.

Resulta indispensable para conocer lo realmente ocurrido y de allí adoptar una postura clara respecto al pronunciamiento objeto de disconformidad, lo consagrado y resaltado en la propia providencia, que como se observará ratifican un acto de corrección de actos irregulares (artículo 27 Ley 906 de 2004), que entendemos y celebramos la manera como se realizó de manera inicial, que no es otro, que ante la falta material de los EMP, EF e ILO¹, tal y como lo realizó por parte de quien ejerce la Ponencia, solicitó mediante auto de 5 de octubre del año inmediatamente anterior ante el señor Fiscal Delegado en el presente proceso a fin que se allegaran las correspondientes carpetas con los elementos probatorios enunciados por el ente acusador, ante lo cual se obtuvo respuesta por parte de la Fiscalía, como se dejó expuesto en el auto analizado.

Para mayor claridad se trae a referencia la siguiente cita textual:

¹ Elementos materiales probatorios, Evidencia física e Información Legalmente obtenida.

3.4. El 5 de octubre de 2020 mediante auto de trámite motivado dispuso el despacho ponente por medio de la Secretaria de la Sala, oficiar a la Fiscalía Delegada ante Tribunal de Justicia y Paz a cargo de la investigación y documentación de los hechos perpetrados por miembros del extinto Bloque Tolima, con la finalidad de que allegara las carpetas que con los elementos materiales de prueba se anunciaron con el *escrito de formulación y aceptación de cargos*; obteniéndose respuesta con Oficio Radicado No. 20209460070021 del 27 de octubre de 2020 suscrito por el Fiscal Sexto Delegado ante el Tribunal de Justicia y Paz, insertando dos link de acceso que conducirían a las carpetas de los hechos con los elementos materiales de prueba y las hojas de vida de los postulados.

De lo transcrito, se aprecian al menos dos circunstancias fundamentales, la primera que ante la ausencia en físico de las carpetas contentivas del material probatorio enunciado en el escrito de acusación indispensable para proferir un fallo, la propia Sala realizó un requerimiento ante el señor Fiscal Delegado, y en segundo término, se obtuvo como respuesta por parte del Ente Acusador, el oficio calendado 27 de octubre de 2020 en el que se suministran dos *links* en los que se encontrarían los elementos reclamados, no en físico como se solicitó, pero sí en medio digital.

De otra parte, en el texto de la respuesta suministrada por parte de la Fiscalía, se tiene consignado lo siguiente: “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 anterior para su conocimiento y fines pertinentes. Atentamente Tiberio Vera Amaya Fiscal 6 Delegado...”. (Subrayado y negrilla del suscrito).

Resaltar de lo expuesto, no solo el aporte del material probatorio en medio digital que hiciera la Fiscalía sino una claridad indispensable para asumir la postura de salvar el voto, que no es otra circunstancia que las carpetas escaneadas y que figuran en el *link* son las mismas que fueron objeto de debate en la audiencia concentrada, así lo reseña el oficio del Sr. Fiscal Delegado ante Justicia Transicional. Se entiende de lo anterior, que

en desarrollo de la audiencia concentrada la Fiscalía no solo enunció en el escrito de acusación esos medios de prueba, sino que al realizar cada cargo en concreto se relacionaron los mismos, al punto de afirmar que fueron objeto de debate.

No sobra recalcar en este punto, que el acto de descubrimiento probatorio, tal y como lo ha consignado reiteradamente nuestra H. Corte Suprema de Justicia, es un acto complejo y además se puede realizar de diversas maneras, máxime aun cuando se trata, como en el presente caso de un proceso transicional, en cuanto no resulta ser un proceso eminentemente adversarial, como el que regula la Ley 906, sino adaptado a los presupuestos y necesidades de Justicia y Paz. Al respecto dice la Corte:

Es así como en Auto del 25 de septiembre de 2017 radicado AP6266-2017, rad. 39673 con ponencia de la M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar, consignó: “*La Sala tiene decantado que el descubrimiento probatorio es un **acto complejo** que puede cumplirse de varias maneras: (i) informando a la contraparte, en la oportunidad procesal pertinente sobre la existencia, calidad y ubicación de cada uno de los elementos probatorios y evidencias; (ii) entregándolos físicamente cuando ellos sean material y racionalmente posible y, (iii) **facilitando el acceso real a las evidencias y medios probatorios en lugar donde se encuentre, esto es, dejándolos a su alcance de manera que puedan ser examinados y conocido su contenido.**”.* (Negrilla y subrayado fuera del texto).

(iii) **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO**

Bajo las anteriores consideraciones, ya es factible formular el problema jurídico que puede absolverse, que no es otro que considerar si es o no enmendable o convalidable el hecho que elementos de prueba que fueron enunciados en el escrito de acusación, relacionados y expuestos en el acto de formulación de cargos, pero que no fueron aportados de manera física ante la Sala de Conocimiento, pueden considerarse y tenerse en cuenta para proferir el fallo, aun siendo aportados con posterioridad a la clausura de la audiencia concentrada y culminado el incidente de

reparación, cuando ninguna de las partes o intervinientes reclamaran irregularidad o afectación de derechos y garantías de derechos fundamentales?

La postura del suscrito es afirmativa, es decir, que el acto irregular de no haberse aportado materialmente la evidencia en desarrollo de la audiencia concentrada (conforme la Ponencia así lo ha hecho saber), pero que si habría existido como lo enunció el señor fiscal el correspondiente debate, antecedido claro está con la enunciación que se realizó en el escrito de acusación del material probatorio, y que fuere allegado a través de los canales virtuales institucionales y de manera extemporánea en octubre del año pasado a petición de quien preside esta Sala, es así que considero que subsana la irregularidad planteada, al punto de habilitar el que se profiera el fallo reclamado.

Por ello, la providencia afectada de nulidad procesal bajo los planteamientos que allí se señalan, puede ser corregida si se tiene en cuenta que la *«ley de Justicia y Paz, comporta para la judicatura mayor responsabilidad por la correlativa expectativa de justicia y verdad de la sociedad, dado el grave impacto de las violaciones de derechos que se buscan sancionar. Razón superlativa para que esos únicos escenarios procesales no se esterilicen»*².

Pero además de lo expuesto, se reclama que para el decreto de una nulidad debe analizarse con suficiencia los principios que rigen dicho instituto procesal, que para el ejercicio aquí propuesto, cabe traer en cita, por su claridad y concreción la providencia de la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, proceso 32143 del 26 de octubre de 2011 con ponencia del Dr. José Leónidas Bustos Martínez, que concreta los siguientes puntos, que resultan indispensable analizar:

“...la Sala³ tiene precisado que los motivos de ineficacia de los actos procesales -a que se alude en el Libro III, Título VI, artículos

² CSJ SP, 28 may. 2008, proceso 29560. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

³ Cfr. por todos, auto de casación de junio 9 de 2008. Rad. 29092

455 y siguientes de la Ley 906 de 2004-, **no son de postulación libre**, sino que, por el contrario, se hallan sometidos al cumplimiento de precisos principios que los hacen operantes. (resaltado del despacho)

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que de acuerdo con dichos principios, solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (**taxatividad**); no puede invocarse el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (**protección**); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (**convalidación**); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (**trascendencia**); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado (**instrumentalidad**) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (**residualidad**).

De manera que, como con acierto es puesto de presente por el Fiscal no recurrente en este caso, en sede de casación no basta solamente con invocar la existencia de un motivo de ineficacia de lo actuado, sino que además compete al demandante precisar el tipo de irregularidad que alega, demostrar su existencia, acreditar cómo su configuración comporta un vicio de garantía o de estructura, y, tal vez lo más importante, demostrar la trascendencia del yerro para afectar la validez del fallo cuestionado”.

De lo expuesto por la Corte, surgen varias alternativas que se deben aplicar a lo actuado, la primera y más importante es la del acto de convalidación, que si bien se pudo presentar la irregularidad, los sujetos

que pudieron resultar afectados con la convalidación sea de manera expresa o tácita. La pregunta obvia en este sentido es cuál de las partes resultaría afectada, con la no entrega formal de los elementos de prueba, pero bajo la precisión que aquellos debieron ser enunciados cuando se formuló la imputación en sede de Control de Garantías, se relacionaron en el escrito de acusación y lo más importante, se expusieron verbalmente por la Fiscalía al momento de formular los cargos en la audiencia concentrada, echándose de menos eso sí, el aporte físico de tales medios de prueba, los mismos que se allegaron con posterioridad en formato digital, según lo aseguró el señor representante de la Fiscalía, es decir que en este momento, ad portas de proferir el fallo el ente acusador refiere que los mismos se encuentran en dos *links*, cuyas direcciones electrónicas suministra, recordando que ni los postulados contra quienes se formularon los cargos, o las víctimas a través de sus representantes legales que presentaron las carpetas contentivas de las indemnizaciones reclamadas y ningún otro sujeto procesal, plantearon irregularidad alguna, o afectación de derechos y garantías.

Igualmente no se acredita en el auto objeto de disenso la trascendencia de la nulidad deprecada, esto es que la misma debe afectar las garantías constitucionales de los sujetos procesales o el desconocimiento de las bases fundamentales de la investigación o juzgamiento, se reitera, ninguna de las partes planteo irregularidad que pudiera afectarlas.

También puede afirmarse que bajo el principio de instrumentalidad pese a la irregularidad planteada, los hechos constitutivos de delitos dentro de la audiencia concentrada se conocieron por los sujetos procesales, se hizo la presentación de los medios de convicción al punto que los postulados conocieron los hechos por los cuales previamente habían versionado y aceptaron la formulación de cargos, es decir se cumplió con el cometido de la audiencia concentrada como lo es la formulación y aceptación de cargos.

Finalmente en el presente caso, en ejercicio a las facultades legales de quien preside la Sala, en especial de lo preceptuado en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, titulado como moduladores de la actividad procesal, y bajo la posibilidad de corregir ciertos actos irregulares, ante la verificación que

hiciese de no contar materialmente con los medios probatorios, ofició, como quedó expuesto, al Delegado de la Fiscalía para que aportara dichos elementos obteniéndose una respuesta positiva, esto es que así no se haya hecho entrega en físico de los elementos de convicción, los mismos sí se dejaron a disposición en una plataforma virtual, con lo cual, considera el suscrito se enmendó la irregularidad, en el sentido de poder contar con los elementos probatorios para sustentar un fallo, pues claro queda que ninguna sentencia puede dictarse sin contar con las pruebas que la sustenten, bajo la premisa que el fallo debe sustentarse en las pruebas legal y oportunamente presentadas, evento que en Justicia y Paz se surte en la audiencia concentrada. Por tanto la corrección del acto irregular, considero que se cumplió con el advenimiento así sea tardío de las pruebas al proceso, para poder proferir el fallo, con lo que se cumpliría con el principio de la residualidad, es decir una solución menos traumática que el decreto de nulidad de lo actuado.

De otro lado, en la decisión de la cual me apartó se resaltó que la Ley 975 de 2005 goza de unas notables características que la distinguen del proceso ordinario, sin embargo también toma en consideración normas de procedimiento que pertenecen a la Ley 906 de 2004 en virtud a la complementariedad. En criterio del suscrito, eso no se desconoce, *pero la mirada hermenéutica a la justicia transicional debe ser diferente a la prevista para la justicia ordinaria no pudiéndose hacer transposiciones exactas de contenidos normativos de ésta en aquella cuando altere el equilibrio establecido de la Ley 975 de 2005*⁴.

Bajo tal precepto insisto en que la actuación de nulidad causa un mayor tropiezo al proceso de Justicia y Paz si se pone en la balanza de cara con las víctimas del conflicto armado interno colombiano.

Recuérdese que este es un proceso transicional en el cual el Estado Colombiano no se puede apartar de las obligaciones que ha contraído internacionalmente, respecto de las víctimas de violaciones graves de

⁴ CSJ SP, 6 dic. 2012, segunda instancia rad. 37048. M.P. Javier Zapata Ortiz.

derechos humanos, en donde, además, se debe propender por un proceso fluido, con miras a interpretar la norma atendiendo a su naturaleza.

(iv) **A MANERA DE CONCLUSIÓN:**

La determinación de anular la actuación para que se realice de nuevo todo el procedimiento relativo a la audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos definitivamente comporta una mayor afectación de los derechos de las víctimas, se insiste, expectantes por obtener una pronta satisfacción de sus pretensiones de verdad, justicia, reparación y no repetición, y quienes en últimas buscan de nuestro ordenamiento jurídico acceder a la administración de justicia para materializar sus derechos. Lo mismo sucede para el caso de los postulados, quienes esperan una pronta resolución de su situación jurídica.

En conclusión, la decisión adoptada por la Magistrada Ponente además de extrema va en contravía con los principios de celeridad y efectividad del proceso de Justicia y Paz, y revictimizaría a los sujetos más vulnerables del conflicto armado, como son las víctimas ya la doctrina lo ha expuesto con claridad, que la revictimización, también denominada victimización secundaria o doble victimización es el proceso mediante el cual se produce un sufrimiento añadido a las víctimas, por parte de instituciones y profesionales encargados de prestar atención a las mismas, evento que debemos evitar ocurra en el presente caso, con la declaratoria de nulidad planteada.

Se puede concluir entonces, que existe en poder de la Sala, en este momento los elementos con los cuales puede sustentarse y corroborarse los cargos formulados, para efecto de realizar el control formal y material de los cargos, evento que debe realizarse en la correspondiente sentencia, tal y como lo ordena la parte final del artículo 2.2.5.1.2.2.11 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Justicia y del Derecho, 3011 de 2013: *“Aceptados la totalidad de los cargos por parte del postulado, la Sala*

*procederá a verificar si la calificación jurídica corresponde a los hechos confesados por el postulado y si los hechos admitidos por el postulado fueron cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley. Verificados estos elementos, **la Sala declarará la validez del acto de aceptación de cargos en la sentencia**". (Resaltado y subrayado fuera del texto original).*

Resulta del anterior texto normativo, que es en la sentencia y no en otro escenario, donde debe realizarse el control formal y material de cargos, para lo cual debe observar, claro está, la concurrencia de elementos de prueba que acrediten la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del postulado, pero además dejar en claro que la calificación jurídica corresponda a los hechos aceptados y que además dichos hechos admitidos por los postulados fueron cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado ilegal, con lo cual quedaría habilitado el proferimiento del fallo condenatorio como corresponde a esta clase de Justicia Transicional.

El estudio que debe realizarse en el fallo comporta un análisis caso a caso, por cada uno de los postulados, en otras palabras si un hecho en concreto no es claro, no se conoce con precisión si fue con ocasión del conflicto armado o cualquiera otra imprecisión trascendente, obviamente puede dejarse de legalizar ese cargo en concreto, pero lo que no puede ocurrir es la afectación de todo el proceso.


En consecuencia, considero que no es factible en este momento procesal en el que se está a la espera de un fallo de fondo, cuando las audiencias se cumplieron en su totalidad, y que ninguno de las partes adujo o planteo ninguna irregularidad sustancial, que defraudando las expectativas de las partes, de la comunidad y del propio mandato de la H. Corte Suprema en el fallo de tutela -citado al inicio de este salvamento-, después incluso de haber ofrecido ante el alto Tribunal que se proferiría un fallo dentro de un término específico, se planten unas irregularidades que

nadie antes advirtiera y que además generalizan a toda la actuación a todos los casos y a todos los procesados.

Lo exigible es que en sentencia se analicen, caso a caso, como quedó expuesto, por cada uno de los señores postulados, si se cuenta o no con elementos de convicción suficiente que acrediten tanto la ocurrencia de la conducta punible como la responsabilidad penal del postulado, si los cargos corresponden a la conducta punible imputada, si fueron cometidos con ocasión del conflicto armado y durante su pertenencia al bloque o frente al que pertenecieron (Bloque Tolima) y si fueron aceptados por cada uno de los postulados, para que de esta manera pudiera proferirse el fallo reclamado por todos los sujetos procesales y además ordenado en el fallo de tutela referenciado.

En estos términos dejo sustentado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra.


ÁLVARO FERNANDO MONCAYO GUZMÁN
Magistrado