

Bogotá D.C., Jueves, 07 de Marzo de 2019
Para responder a este oficio cite: 20193230070423



ACLARACIÓN DE VOTO

Auto 21 de 19 de febrero de 2019

Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación
de los Hechos y Conductas
Jurisdicción Especial para la Paz

Como Magistrado de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas aclaro mi voto respecto de lo decidido por la mayoría de la Sala en el numeral primero del auto 21 de fecha 19 de enero de 2019. En este numeral, la Sala decreta la práctica de una inspección judicial sobre ocho (8) expedientes de los relacionados por la Fiscalía General de la Nación (FGN) en su respuesta al cuestionario decretado como prueba dentro del incidente de incumplimiento que se surte contra el señor Hernán Darío Velásquez Saldarriaga.

Aunque estoy de acuerdo en que, a partir de la información suministrada por la Fiscalía General de la Nación, podría resultar procedente decretar nuevas pruebas para ampliar el conocimiento de la Sala sobre los presuntos hechos de reincidencia que puedan estar consignados en los procesos abiertos en contra del señor Velásquez Saldarriaga, no coincido con la Sala ni en las

razones expuestas para justificar este nuevo decreto, ni en el tipo de prueba decretada por esta para cumplir el fin advertido.

i) Procedencia del nuevo decreto de pruebas

En primer lugar, la mayoría afirma que la Sala está habilitada para decretar nuevas pruebas en la medida en la que se encuentra todavía en lo que ella denomina “fase de *decreto y práctica de pruebas*” (f. 3) y que, en esta fase, puede sin restricción alguna, decretar las pruebas que considere necesarias siempre y cuando se garantice los derechos de los defendidos a ser notificados y a controvertirlas.

A mi juicio, la mayoría incurre en error al considerar que existe una *fase* de decreto y práctica de pruebas. El artículo 67 de la Ley 1922 establece que:

Las Salas y Secciones harán seguimiento al cumplimiento del Régimen de Condicionalidad y a las sanciones que hayan impuesto en sus resoluciones o sentencias.

De oficio, por solicitud de la víctima, su representante, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación o la UIA, las Salas y Secciones podrán ordenar la apertura del incidente de incumplimiento del Régimen de Condicionalidad, del cual será notificada la persona sometida a la JEP, a su defensor, a las víctimas, a su representante y al Ministerio Público. En la misma decisión se dispondrá un traslado común de cinco (5) días para que los notificados soliciten o alleguen pruebas. **Vencido el término la Sala o Sección decretará las pruebas pertinentes, útiles y necesarias, y podrá además decretar pruebas de oficio** con el objeto de verificar de manera rigurosa el cumplimiento del Régimen de Condicionalidad o de la sanción, para lo cual podrá comisionar a la UIA por un **término que no supere treinta (30) días**, en el cual también **serán practicadas las pruebas** solicitadas por los sujetos procesales e intervinientes.

(...)

Vencido el **término para la práctica de pruebas**, la actuación quedará en la Secretaría Judicial a disposición de las partes para que presenten sus alegaciones, y dentro de los diez (10) días siguientes la Sala o Sección citará a audiencia en la cual decidirá si hubo o no incumplimiento del Régimen de Condicionalidad o de las sanciones y ordenará alguna de las medidas del sistema de gradualidad de que trata este título.

Como se extrae del enunciado normativo transcrito, el procedimiento del incidente de incumplimiento prevé un momento (no una etapa) para el decreto de las pruebas solicitadas por la defensa y las que de oficio decida decretar la Sala y un término (o plazo) para practicarlas. Este momento y este plazo no pueden ser entendidos, sin sacrificar el texto legal y como lo hace la Sala en la decisión que aclaro, como una etapa en la que puedan decretarse pruebas tantas veces como se quiera y sin restricciones diversas al límite temporal de treinta días para practicarlas.

La tesis mayoritaria, en efecto, considera que, dado el carácter especial de la justicia transicional, se pueden decretar y practicar pruebas en cualquier momento durante el período determinado por el artículo 67 de la Ley 1922 como “término para la práctica de pruebas” del inciso final, por la obligación que tiene la jurisdicción de adoptar “una actitud proactiva (...), encaminada a demostrar los supuestos fácticos que son objeto de debate en el marco del incidente, objetivo que solo puede ser alcanzado a través de la práctica de pruebas y su debida valoración”, razón por la cual “el juez de instancia no puede abstenerse de recaudar los informes, testimonios y cualquier otro tipo de material probatorio que sea necesario para determinar las acciones u omisiones de los comparecientes que pueden transgredir los principios del SIVJRNR”. Este presupuesto, a mi juicio, es válido, pero solo a condición de que, en ese afán de búsqueda de los elementos probatorios, no se alteren las reglas del debido proceso. Crear nuevos momentos para decretar pruebas, diferente al único consagrado en el artículo precitado sería, a mi juicio, una

violación al debido proceso que, además, respondería a principios inquisitivos ajenos al modelo de justicia transicional.

Ahora bien, a pesar de la aclaración anterior, coincido con la decisión de la mayoría en que, dadas las particularidades del trámite de este incidente, hay razones para decretar nuevas pruebas, no porque así lo permita el momento procesal en el que se encuentra, sino porque de las pruebas hasta el momento recaudadas surgen algunas pruebas sobrevinientes.

La figura procesal de la prueba sobreviniente está prevista para el proceso penal en el artículo 344 de la Ley 906 y consiste en la posibilidad excepcional que tiene el juez de decretar una prueba por fuera del momento procesal previsto para ello, cuando la identificación del elemento de convicción sólo haya sido posible luego de dicho momento procesal y su decreto y práctica sean vitales para el caso. En palabras de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal del 2004 prevé la posibilidad excepcional de decretar una prueba sobreviniente. Ello sólo es posible en virtud del hallazgo de un elemento de convicción de vital trascendencia, que solamente pudo conocerse con posterioridad a la audiencia preparatoria y cuya ausencia puede perjudicar de manera grave el derecho a la defensa o la integridad del juicio. (AP4150-2016 del 29 de junio de 2016, Magistrado Ponente Luis Antonio Hernández Barbosa, f. 6)

La figura jurídica de la prueba sobreviniente prevista en la Ley 906 es aplicable al incidente de incumplimiento previsto en el artículo 67 de la Ley 1922 en virtud de la cláusula remisoria consagrada en el artículo 72 de esta última norma.

Así, debido a que a era imposible que la Sala conociera, antes de la respuesta de la Fiscalía General de la Nación, de los expedientes que adelanta esa

entidad en contra del señor Velásquez Saldarriaga por presuntos delitos cometidos con posterioridad al 1 de diciembre de 2016, y que la constatación de los hechos a los que ellos se refieren podría resultar vital para decidir el incidente de incumplimiento que se surte, en este caso se dan los presupuestos para decretar pruebas sobrevinientes.

Así las cosas, aunque no coincido en las razones por las que la Sala considera que es posible decretar nuevas pruebas en el incidente que nos ocupa, sí coincido, pero por las razones antes expuestas, en la legalidad del nuevo decreto de pruebas que se está haciendo en el auto que aclaro.

ii) Pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba decretada

Por otro lado, independientemente de la razón por la que se considere que la Sala está habilitada para decretar nuevas pruebas, me separo de la opinión de la mayoría de decretar y practicar una inspección judicial a expedientes de procesos en fase de investigación, porque no cumple los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad que debe cumplir toda prueba para ser decretada.

La Sala decreta la inspección judicial de los expedientes relacionados por la Fiscalía General de la Nación en los que, según esta, puede estar involucrado el señor Velásquez Saldarriaga en delitos cometidos con posterioridad al 1 de diciembre de 2016, delitos que de haber sido efectivamente cometidos por el señor Velásquez podrían implicar su incumplimiento al compromiso de no reincidencia y, eventualmente, su exclusión de la Jurisdicción Especial para la Paz.

En primera medida, vale destacar que la Sala, al momento de decidir decretar esta prueba, emite sobre ella un juicio un tanto *sui generis* aplicando criterios tradicionales del juicio de ponderación para revisar la procedencia del decreto

de pruebas. Así, la Sala evalúa la necesidad, pertinencia y utilidad de la revisión de los expedientes y declara que la inspección judicial cumple dichos criterios. En mi opinión, los criterios que debería haber escogido la Sala para evaluar la procedencia del decreto de pruebas son los que legal y jurisprudencialmente están previstos para ello: la pertinencia (en los términos del derecho probatorio, que son distintos a los empleados por la Sala en su revisión de pertinencia), la conducencia y la utilidad (también en términos probatorios). A mi juicio, si la Sala hubiera aplicado estas reglas, habría llegado a la conclusión de que la inspección judicial decretada no era ni pertinente ni conducente ni útil, y en consecuencia habría tomado la decisión de no decretarla.

La pertinencia de una prueba hace referencia a que el elemento de convicción esté dirigido a probar un hecho que sea relevante para la decisión que se debe tomar judicialmente; la conducencia tiene que ver con la capacidad legal del medio de prueba para probar judicialmente el hecho y la utilidad, por su parte, consiste en que la prueba aporte efectivamente al conocimiento que el juez tiene de los hechos, que no resulte redundante.

La inspección judicial a los expedientes mencionados por la Fiscalía General de la Nación en su respuesta a esta Sala, o bien se realizaría con el fin de probar la existencia de los procesos enlistados -caso en el cuál sería una prueba impertinente e inútil- o bien, con ella se pretendería probar la responsabilidad del señor Velásquez Saldarriaga en alguno de los hechos por los que se adelantan las investigaciones en esos expedientes, caso en el que sería inconducente.

Si el objetivo de la inspección es dar cuenta de la existencia de los expedientes, esta prueba es: i) impertinente en la medida en que la mera existencia de esas investigaciones no es relevante para decidir si el señor Velásquez Saldarriaga ha incumplido su régimen de condicionalidad, y ii) inútil en la medida en que

ya con la respuesta de la Fiscalía General de la Nación se tiene certeza sobre la existencia de esas investigaciones, por lo que la inspección no estaría aportando nada nuevo en esta materia.

Si, por el contrario, el objetivo de la inspección es saber si el señor Velásquez Saldarriaga es responsable por los hechos por los que se le investiga en estos procesos, la prueba, aunque pertinente, sería inconducente, pues, debido al derecho a la presunción de inocencia, de la existencia de una investigación no puede judicialmente inferirse la culpabilidad.

Así, sea cual fuere el objetivo que la Sala perseguía con el decreto de la inspección judicial a los expedientes referidos por la FGN, este elemento material probatorio no supera el juicio que debería, para ser decretado dentro de un proceso judicial.

Por último, es mi interés aclarar que mi voto favorable por la decisión de decretar nuevas pruebas debe entenderse condicionado a que, para asegurar el derecho a la defensa y el debido proceso, dichas pruebas y los materiales probatorios que con ella se recojan deben ser trasladados a la defensa a quién, además, debe dársele la oportunidad de contradecirlas, lo que implica, incluso, solicitar nuevas pruebas para desvirtuar las trasladadas.

Respetuosamente,

[original firmado]

Iván González Amado

Magistrado

Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y determinación de los hechos y conductas