

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Auto 12 de 22 de enero de 2019

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

Como Magistrados de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas, salvamos parcialmente nuestro voto respecto de lo decidido por la mayoría de la Sala en el numeral primero del auto 12 de 22 de enero de 2019. En este numeral se revoca el numeral 2 de la primera orden del Auto No. 090 del 6 de diciembre de 2018 y, en su lugar, se ordena al Ministerio de Defensa Nacional remitir a la Sala “*información de inteligencia sobre el posible reagrupamiento y retoma de armas de las estructuras que operaban bajo el mando del Señor Hernán Darío Velásquez Saldarriaga, información que en ningún caso tendrá valor probatorio dentro de este proceso judicial y podrá constituir “criterio orientador” en los términos expresados en la parte considerativa del presente Auto*”. Salvamos el voto por las razones que expresamos a continuación.

1. Antecedentes: el objeto del recurso de reposición respecto del punto al que se refiere este salvamento de voto.

La Sala dictó el auto 090 de 2018 de 6 de diciembre de 2018, por medio del cual decretó, entre otras pruebas, la de “*ORDENAR al Ministerio de Defensa Nacional que allegue, en un término de diez (10) días hábiles, información de inteligencia sobre el posible reagrupamiento y retoma de armas de las estructuras que operaban bajo el mando del Señor Hernán Darío Velásquez Saldarriaga*”.

El defensor del compareciente, en término oportuno, solicitó la reposición de la decisión que ordenaba esta prueba y, particularmente, de la incorporación de la información de inteligencia, alegando que:

“... al decretarse y practicarse pruebas como, (sic) informes de inteligencia militar, los derechos al debido proceso y a la presunción de inocencia se ven gravemente afectados, en la medida en que, dichos informes están prohibidos por la ley y la jurisprudencia para ser incorporados en un proceso como tales; además, debido a que ‘no tienen la entidad de desvirtuar la presunción de inocencia de los inculpados toda vez que son practicados a espaldas de la persona contra quien se dirigen las acusaciones y por tanto, no han pasado por un contradictorio que garantice el debido proceso y publicidad de las actuaciones estatales’^(cita omitida)”.

Planteado en estos términos, el objeto del recurso es la incorporación de los informes de inteligencia a la actuación, no la función que estos puedan tener en un trámite judicial determinado. Para la Sala no existe razón alguna que le impida allegar tal tipo de documentos, en tanto que, para el defensor, su incorporación resulta ilegal.

Ambos -lo mismo que quienes disientimos de la decisión- sostienen que los informes de inteligencia no pueden ser tenidos en cuenta judicialmente como pruebas, pero sí pueden cumplir el papel de ser criterios orientadores de una investigación.

2. El debate y sus fundamentos.

i. La tesis mayoritaria.

Teniendo presente la coincidencia sobre el carácter y alcance de los informes de inteligencia dentro de un proceso, la Sala discutió la admisibilidad de elementos de esta índole (que pueden ser usados sólo como criterios orientadores de una indagación y no como pruebas) en un auto de decreto de pruebas dentro de un procedimiento incidental.

La tesis mayoritaria afirma que en el auto de decreto de pruebas puede ordenarse que se incorporen al proceso elementos que no constituyen prueba, es decir, elementos que no van a ser tenidos en cuenta como elementos de convicción, porque de ellos sólo se espera que permitan identificar hechos para cuya demostración puede resultar necesario ordenar la práctica de pruebas que lleven a un mejor conocimiento de los hechos materia del incidente. Para la mayoría, entonces, ordenar esas eventuales pruebas de corroboración es una materialización de la facultad que tiene el juez transicional de decretar pruebas de oficio en los términos de los artículos 19 y 67 de la ley 1922.

Adicionalmente, los magistrados que hicieron mayoría consideran que el juez transicional, dada su naturaleza y su compromiso con la verdad como elemento fundamental de la jurisdicción y de los derechos de las víctimas, tiene un margen probatorio flexible que le exige una actitud proactiva y le permite, en este sentido, adelantar distintas actividades en pro de buscar las pruebas relevantes para llegar a la verdad en todas sus actuaciones. Ello incluye la recepción dentro del periodo probatorio de elementos que, como los informes de inteligencia, en nuestra opinión son propios de periodos de instrucción anteriores al incidente, y en particular de la etapa indagatoria previa que llevaría a la Jurisdicción Especial para la Paz a abrir el incidente del artículo 67 de la Ley 1922.

ii) El disenso y sus fundamentos.

Para quienes nos apartamos de la decisión mayoritaria no cabe duda de que la Jurisdicción Especial para la Paz tiene un compromiso con la verdad y con la satisfacción de los derechos de las víctimas, en cuyo cumplimiento sus Magistrados deben tener una actitud proactiva que les permite practicar pruebas de oficio, evitando que su misión se reduzca “a la contrastación formal y pasiva de los asuntos puestos a su consideración, sino que tienen la obligación de recabar todas las pruebas que sean necesarias para esclarecer la verdad de lo sucedido¹”, tal como se predica en la ponencia de mayoría.

¹ JEP, TP-SA, Auto 068 de 2018, Pág. 14.

En nuestra opinión esto no implica, sin embargo, que en el trámite de un incidente de incumplimiento, los Magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz puedan recaudar en cualquier oportunidad procesal, “*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*”. Por el contrario, el recaudo está limitado, como en los demás procesos judiciales, por los términos y requisitos consagrados en la ley.

La Jurisdicción Especial para la Paz surgió de un acuerdo político celebrado entre el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC-EP, con una doble connotación: la de ser un tribunal político y la de ser un tribunal de administración de justicia. Como organismo político, tiene como misión fundamental permitir el cumplimiento del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Como tribunal de administración de justicia, su función se concibió dentro de los parámetros de los modelos de justicia transicional, que tienden a consolidar la paz acordada, pero también como tribunal de justicia, dentro de las normas generales del derecho procesal colombiano. Como juez transicional, en consecuencia, tiene objetivos particulares y se rige por reglas especiales, y como tribunal de justicia, está sujeto a las reglas del debido proceso. Así ha quedado consignado en los diversos instrumentos que rigen la actuación de la Jurisdicción Especial para la Paz.

En particular, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, en su punto 5.1.a, al definir los objetivos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición, le impuso el deber de cumplir el principio de “*Seguridad jurídica, mediante el cumplimiento de las condiciones del Sistema Integral y en especial de la Jurisdicción Especial para la Paz, con las **garantías necesarias del debido proceso***” (negrillas fuera de texto). Y el punto 5.1.2., al señalar las formas como deberían configurarse los instrumentos de justicia transicional, condicionó su diseño al hecho de que en todas sus actuaciones se “**respetarán los derechos fundamentales del debido proceso, defensa, asistencia de abogado, presunción de inocencia y la independencia e imparcialidad de los magistrados de las salas y secciones**, así como de los integrantes de la Unidad de Investigación y Acusación” (negrillas fuera de texto).

En el punto 46, por su parte, se acordó que las normas procesales elaboradas por los Magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz deben ceñirse a “cuando menos los siguientes principios: el Sistema será adversarial y **respetará el debido proceso** y el principio de imparcialidad, contemplará la debida publicidad y **garantizará el principio de contradicción en la valoración de la prueba** y la defensa, así como la doble instancia, y dará cumplimiento a los principios contemplados en el numeral 14” (negrillas fuera de texto).

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2018 en su artículo 12 dispone:

Artículo transitorio 12°. Procedimiento y reglamento. Los magistrados que integran la JEP estarán facultados para **elaborar las normas**

procesales que regirán esta jurisdicción (...). Estas normas deberán garantizar los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad, **debido proceso, contradicción**, derecho a la defensa, presunción de inocencia, favorabilidad, libertad de escoger abogado acreditado para ejercer en cualquier país, participación de las víctimas como intervinientes según los estándares nacionales e internacionales y los parámetros establecidos en el Acuerdo Final y doble instancia en el marco de un modelo adversarial (negrillas fuera de texto).

En el mismo sentido, el proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP contiene un artículo referido al debido proceso, del siguiente tenor:

Artículo 21. Debido Proceso. Todas las actuaciones en la JEP, de conformidad con las reglas aplicables a la Jurisdicción Especial para la Paz, **respetarán los derechos, principios y garantías fundamentales del debido proceso**, defensa, asistencia de abogado, presunción de inocencia, **a presentar pruebas, a controvertir ante el tribunal para la paz las que se alleguen en su contra;** (negrillas fuera de texto).

Y, finalmente, la Ley 1922 en su artículo 1 recoge los principios de la jurisdicción en tanto órgano de administración de justicia, y dispone, en lo que interesa a este salvamento de voto:

Artículo 1. Principios. Además de los principios y reglas establecidas en la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad, la ley estatutaria de administración de justicia de la JEP, las actuaciones, procedimientos y decisiones se regirán por los siguientes: (...)

Se aplicará de preferencia el principio dialógico sobre el adversarial, respetando y garantizando en todo caso los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad, **debido proceso, contradicción**, derecho a la defensa, presunción de inocencia, favorabilidad

(...)

e. Debido proceso. En los procedimientos adelantados ante la JEP, **siempre se deberá garantizar el debido proceso entendido**, como mínimo, la necesidad de participar en la actuación, de notificación oportuna y al ejercicio del derecho a la defensa y **contradicción de pruebas** (negrillas fuera de texto).

En conclusión, la garantía del debido proceso, así como el principio de contradicción de pruebas, son parte indisoluble del sistema de justicia transicional pactado en el Acuerdo Final de Paz, y en sus desarrollos normativos.

Bajo estas reglas, es indispensable que al analizar el problema planteado en el memorial que solicita la reposición del auto, se examine si se preservan la garantía del debido proceso y el principio de contradicción de pruebas. Consideramos que estos principios exigen que, en el caso concreto de los informes de inteligencia, exista

la oportunidad legal primero, para que la Sala de Reconocimiento pueda corroborar el contenido de los informes de inteligencia, y que la defensa pueda conocer las pruebas que se ordenan a partir de dichos informes. Por lo tanto, consideramos el siguiente problema jurídico: ¿Viola el debido proceso y el principio de contradicción de pruebas ordenar la remisión de informes de inteligencia en el incidente de verificación de cumplimiento considerando que no hay una oportunidad jurídicamente reglada distinta a los 30 días de práctica de pruebas para que jueces y partes puedan verificar el contenido de dichos informes? Para responder esta pregunta consideramos a continuación (i) la regulación legal del incidente de verificación del artículo 67 de la Ley 1922, y (ii) las facultades del juez para ordenar pruebas de oficio dentro de dicho incidente.

iii. La regulación legal.

Los incidentes son procedimientos paralelos al proceso principal que por su naturaleza se tramitan de manera separada. Su objeto es diferente del objeto central del proceso en el que aparecen, así puedan tener efectos sobre el primero, y su apertura depende de que el juez advierta que hay razones que la justifican. En este sentido, un incidente es en general un proceso breve dentro del proceso principal que tiene un objetivo específico y en el que, en todo caso, deben respetarse todas las garantías procesales que se protegen en cualquier procedimiento judicial.

Ahora bien, el debido proceso y el derecho a la defensa, como garantías procesales de rango constitucional, se manifiestan entre otras cosas, en la obligación del juez de seguir el procedimiento que la ley prevé para tramitar los asuntos que pone en su competencia. En esta medida, no le es posible al juez transformar o modificar el procedimiento legalmente establecido.

Respecto de lo anterior, las garantías del debido proceso referidas a las oportunidades probatorias en el incidente de incumplimiento se encuentran previstas en el artículo 67 de la Ley 1922, según el cual se debe adelantar un trámite de este tipo de oficio o a solicitud de la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, o la Unidad de Investigación y Análisis de la JEP. Ello supone que existan razones para considerar que puede haber un incumplimiento. Iniciado el procedimiento, se debe dar la oportunidad a los sujetos procesales para solicitar y allegar pruebas dentro del término de cinco días. Oídas las peticiones, el Magistrado ordenará las pruebas pertinentes, y su práctica se debe realizar dentro de los treinta días siguientes. Vencido este último término, se abre un período de alegaciones y dentro de los diez días siguientes se debe citar a audiencia para decidir si hubo o no incumplimiento del régimen de condicionalidad.

La mayoría, en el auto del que nos apartamos, defiende que es viable incluir en un auto de decreto de pruebas, material que no será tenido en cuenta como elemento de juicio a la hora de la decisión, sino que se usará sólo como criterio orientador para identificar nuevas pruebas que posteriormente serán, esas sí, decretadas en un nuevo momento procesal. En este sentido, consideran que es posible recibir los informes de inteligencia, para de manera posterior ordenar las pruebas que puedan ser necesarias para corroborar o no lo que allí se encuentre, con el agravante que la

defensa ya no tendría la oportunidad de solicitar pruebas en el mismo sentido y a partir de dichos informes.

Para nosotros, esta decisión supone una modificación sustancial del trámite incidental consagrado en el artículo 67 de la ley 1922 -y que resumimos en el párrafo anterior-, pues allí se establece un solo momento para el decreto de pruebas y un solo periodo para su práctica de máximo treinta días.

La norma legal no tiene previsto que después de ordenadas las pruebas se pueda disponer el recaudo de nuevos medios de convicción, incluso dentro del mismo término de treinta días en tanto que:

- (i) la solicitud o el decreto oficioso de la apertura del incidente impone ya una carga inicial de contar con alguna razón que indique el incumplimiento, dentro de la cual pueden estar los informes de inteligencia y
- (ii) cuando se llega al momento de emitir el auto que decreta pruebas, los sujetos procesales han tenido la ocasión de pedir elementos de juicio para contradecir la información que permitió impulsar el incidente, completándose así el esquema de prueba y contraprueba que exige el principio del debido proceso, y agotando la oportunidad para recaudar elementos de juicio dentro de un trámite que procesalmente es finito.

La ley, en consecuencia, no abre la posibilidad de que con la recepción de una evidencia se deba nuevamente abrir un período probatorio, porque esto haría interminable la tramitación respectiva, salvo, claro está que se trate de una prueba sobreviniente que debe responder, por lo tanto, a su imprevisibilidad al momento del decreto de las pruebas y a su esencialidad para la decisión final.

En consecuencia con este análisis, habiéndose vencido la oportunidad para decretar pruebas, incorporar a la actuación un documento que no tiene la calidad de prueba, como los informes de inteligencia sobre los que versa nuestro disenso, no puede tener sino dos consecuencias: (i) el documento no tendrá utilidad alguna como criterio orientador -y por tanto no existe razón para traerlo-, o (ii) el documento exige ordenar las pruebas necesarias para corroborar su contenido, pero el juez no puede decretarlas porque ya precluyó su oportunidad, con lo cual nuevamente el documento es inútil para la toma de la decisión.

iv. Las facultades del juez de ordenar pruebas de oficio.

Si analizamos la otra opción, esto es, que aun no existiendo oportunidad jurídicamente reglada, el juez pueda ordenar la incorporación de informes de inteligencia a la actuación sin vulnerar las garantías del debido proceso, la conclusión es igualmente contraria a la adoptada por la mayoría de la Sala.

En efecto, si aceptamos -como lo ha hecho la mayoría en criterio que compartimos- que los informes de inteligencia no son pruebas, resulta un contrasentido lógico que en un auto que ordena pruebas se pida algo que no lo es y que así admite la Sala, con lo cual se pone el peligro la imparcialidad del juzgador y, por consiguiente, una de las garantías fundamentales del debido proceso y uno de los principios básicos de la administración de justicia, sea esta ordinaria o transicional. Los elementos que no son pruebas y se allegan a un proceso, terminan influyendo en la decisión porque son conocidos por el juez y con base en ellos se forma una opinión que no queda vertida en la decisión, porque resultaría ilegal.

Por otra parte, si argumentando que el juez tiene amplias facultades para ordenar pruebas de oficio, se considerara la posibilidad de recaudar los informes de inteligencia con la finalidad de ordenar las pruebas que corroboren los hechos que contienen y que interesan al incidente, tendríamos que concluir que un procedimiento de este tipo viola también las garantías del debido proceso porque (i) el carácter inquisitivo de esta actuación impediría al compareciente el ejercicio de su derecho a la contradicción de la prueba, en tanto que no contaría con la oportunidad de solicitar al juez una prueba que contradiga la ordenada por él en base a los informes de inteligencia, y (ii) la reserva que ampara a los informes de inteligencia impide que su contenido lo conozcan los sujetos procesales, quienes no podrán determinar qué pruebas pueden solicitar para contradecir los hechos afirmados.

La mayoría afirma, también, que el juez transicional, debido a su naturaleza y a su compromiso con la verdad y con los derechos de las víctimas, tiene un amplio margen en materia probatoria y justifica, de esta manera, su competencia para incluir los informes de inteligencia como criterios orientadores de esa etapa de indagación que crea *de facto*. Aunque compartimos plenamente la premisa, esto es, que el juez transicional tiene un enorme compromiso con la verdad como elemento esencia de la justicia transicional, no podemos compartir la conclusión de la mayoría en tanto no compartimos que esto implique que se relativicen las reglas del debido proceso en función de verificar un hecho con incidencia procesal. Los informes de inteligencia pueden ser considerados como criterio orientador de la indagación realizada por la Sala en otros momentos, y en particular en la instrucción de los casos como la estructura la ley, orientando las pruebas que se ordenen dentro de dicha instrucción. Sin embargo, no es así en el momento procesal en el que se ordenaron, es decir, una vez iniciado el incidente de verificación del artículo 67 de la Ley 1922 y en las órdenes de pruebas realizadas dentro de los términos de dicho artículo.

En conclusión, y en respuesta al problema jurídico planteado consideramos que la inclusión de los informes de inteligencia en las órdenes son o, en el mejor de los casos inútiles por no tener efecto alguno, o en el peor de los casos violatorias del debido proceso y el principio de contradicción, por no permitir la verificación y contradicción de dichos informes dentro del trámite del incidente. En efecto, estos informes sólo serían útiles -en términos procesales- si se contara con una oportunidad posterior para, a partir de ellos, hacer un nuevo decreto de pruebas, permitiendo a la defensa a su vez responder a estas pruebas. Como esto no es posible en el trámite del incidente, consideramos que la inclusión de este material es cuando menos inútil y, en consecuencia, nos apartamos de la decisión de la mayoría por



JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

medio de la cual ésta confirma la orden al Ministerio de Defensa para “que allegue, en un término de diez (10) días hábiles, información de inteligencia...”.

Respetuosamente,

JULIETA LEMAITRE RIPOLL

Magistrada

IVÁN GONZÁLEZ AMADO

Magistrado



JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ