



DESCRIPTORES: FORMACIÓN MILITAR Y ESTÁNDARES DE DDHH Y DIH -Insuficiencia del concepto de “marco cultural cognitivo” para abordar análisis de los procesos de formación militar desde estándares internacionales de protección de derechos-. DOCTRINA MILITAR -definición de doctrina militar formal y doctrina militar real desconoce el DIH y el DIDH-. DOCTRINA MILITAR -clasificación propuesta por la mayoría de la Sección de Apelación sustraería del análisis del factor material, conductas de competencia de la JEP-. DOCTRINA MILITAR “REAL” -definición propuesta excluye las actividades como entrenamientos, formación y educación, dejándolas fuera del análisis del factor material de competencia de la JEP-. DOCTRINA MILITAR FORMAL -definición propuesta deja por fuera del análisis del factor material lo relativo a actividades de entrenamiento, formación y educación-. ENTRENAMIENTO MILITAR -parte de la doctrina militar al ser aplicación práctica de manuales y lineamientos-. ENTRENAMIENTO MILITAR -siendo la faceta práctica de la doctrina militar, obligación internacional de los Estados de integrar en la ley nacional disposiciones que aseguren que se ciñe al DIH y al DIDH-. DOCTRINA MILITAR - valoración crítica de la JEP como herramienta de construcción para una política criminal que materialice la no repetición-. VIOLENCIA INTRAFILAS - la JEP debe entenderlo como un fenómeno cotidiano potenciado por el conflicto armado-. VIOLENCIA INTRAFILAS vinculación con las prácticas adoptadas por la Fuerza Pública dentro de la denominada “guerra irregular”-. COMPETENCIA MATERIAL DE LA JEP -en su análisis sobre conductas en las que la doctrina militar indique que fue cometida a causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, dicha doctrina debe analizarse de manera integral-. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA JEP- autonomía de sus pretensiones, argumentos y solicitudes probatorias requieren representación independiente.

REITERACIÓN: DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA JEP- deben intervenir activamente en los procedimientos relativos a la concesión de beneficios en la JEP.- LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA JEP – debe ser real, no solo formal-. DERECHO A UN DEBIDO PROCESO EN LAS DECISIONES JUDICIALES EN LA JEP - deben respetar la competencia funcional y la estructura orgánica de la JEP-. DECISIONES JUDICIALES EN LA JEP – la justicia transicional debe realizar las exigencias del Estado Social de Derecho-. DERECHO AL DEBIDO PROCESO - el carácter de la JEP como especie del género de Justicia Transicional, no excusa la aplicación de las garantías básicas de un debido proceso-. DERECHO AL DEBIDO PROCESO. GARANTÍA DE DOBLE INSTANCIA - expresa debido proceso frente a decisiones de fondo-. DERECHO AL DEBIDO PROCESO - efectos del desconocimiento de la insuficiencia probatoria en primera instancia y la indebida práctica de pruebas en la segunda instancia.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA SANDRA GAMBOA RUBIANO AL AUTO DE LA SECCIÓN DE APELACIÓN TP-SA 595 DE 26 DE AGOSTO DE 2020

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Expediente: 2019330160100028E
Compareciente: Manuel Licinio ARBOLEDA ASPRILLA

RESUMEN EJECUTIVO

En esta oportunidad debo expresar las razones que sustentan mi Salvamento de voto respecto de la decisión adoptada por la Sección de Apelación mayoritaria en el caso del señor Manuel Linicio ARBOLEDA ASPRILLA. Este asunto es de relevancia particular por ser la primera vez que la Sección establece reglas generales relativas al comportamiento “real” de los combatientes aplicando criterios bajo la “Doctrina Militar” y el “modelo cultural cognitivo”, categorías que pueden llegar a desconocer lo dispuesto al respecto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en el conflicto armado no internacional. Mi disenso radicará en torno a las siguientes tres temáticas generales, como lo expuse en la Sala de la Sección del 26 de agosto de 2020, fecha en que la mayoría aprobó la ponencia:

En la primera parte me centro en cuestiones relativas al trámite dado al asunto en la JEP, las cuales impactan negativamente la vigencia del debido proceso del solicitante. En este sentido, me refiero al vaciamiento de elementos medulares del debido proceso legal, como: (i) el desconocimiento de la Defensa Técnica en los trámites propios de aceptación de sometimiento y beneficios provisionales; (ii) la práctica y decreto de pruebas en sede de apelación, vulnerando, en consecuencia, el derecho a la defensa, el ejercicio del contradictorio, el ejercicio de la impugnación, así como el plazo razonable. En segundo lugar me refiero al tratamiento otorgado en el procedimiento adelantado en la JEP a las víctimas de los punibles por los cuales ha sido condenado el solicitante. Así las cosas, me concentro (i) en el desconocimiento de su derecho a la participación en los trámites de sometimiento y beneficios provisionales a comparecientes; (ii) en las implicaciones de la representación de las víctimas únicamente por parte del Ministerio Público; y (iii) destaco las razones por las cuales el uso del término “víctimas indirectas” desconoce estándares del DIDH. Dicho acápite finaliza con un análisis de la promesa del principio de centralidad de las víctimas, cuando a estas se les desconoce su derecho a la participación.

Finalmente, profundizaré en el concepto de *modelo cultural cognitivo*, acuñado por la Sección Mayoritaria y mediante el cual se busca: (i) vincular tal noción con el análisis de determinada conducta para hacerlo parecer como congruente con el DIDH y con el DIH y, (ii) asociar ese mismo modelo cognitivo con hechos que pueden constituir violaciones a los derechos humanos, entendido por la Sección, como conflictos *intrafilas*. Para dar este debate, es necesario desarrollar los siguientes aspectos: (i) el concepto de “guerra irregular” a la luz del DIH; (ii) la noción de doctrina militar real y formal, y sus implicaciones en una eventual justificación de comisión de crímenes de lesa humanidad; (iv) la imposibilidad de considerar el derecho operacional como fuente del derecho bajo el DIH; y, (v) los criterios que deben enmarcar el análisis de determinadas situaciones de entrenamiento abusivo y conflicto intrafilas como escenarios vinculados al CANI y en consecuencia de competencia de la JEP.

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO

I. EL PROCEDIMIENTO EN LA JEP DEL CASO DEL SEÑOR MANUEL LICINIO ARBOLEDA ASPRILLA

EL RECAUDO DE PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sobre el dictamen pericial y su valor probatorio

Plazo razonable en apelación como recaudo probatorio

Las cuestiones referidas al plazo razonable en la decisión en concreto

II- LA CENTRALIDAD DE LAS VÍCTIMAS

LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS PARA DETERMINAR LOS BENEFICIOS PROVISIONALES DEBE SER PREVIA A SU CONCESIÓN O DENEGACIÓN.

La perentoriedad del proceso dialógico previo a la determinación de beneficios provisionales.

Deben intervenir activamente en los procedimientos relativos a la concesión de beneficios provisionales ante la SDSJ

LA REPRESENTACIÓN DE VÍCTIMAS EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL

La representación de las víctimas por parte del Ministerio Público

El uso inadecuado del término “víctimas indirectas”

III. LA OBLIGACIÓN DE LA JEP DE VALORAR DESDE EL DIH LAS CONDUCTAS RELATIVAS A LA FORMACIÓN MILITAR Y SU EVENTUAL VÍNCULO CON EL CANI

Sobre el modelo cultural cognitivo

Sobre la doctrina militar real

La doctrina militar como objeto de prueba y de valoración en la JEP

El Derecho Internacional Humanitario y la “guerra irregular”

Entrenamiento abusivo y conflicto intrafilas como escenario en el CANI.

IV- LA SOLUCIÓN QUE DEBIÓ DARSE AL CASO



TABLA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

| | |
|------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AV | Aclaración de voto. |
| AFP | Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. |
| AL | Acto Legislativo. |
| AL01/17 | Acto Legislativo 01 de 2017. |
| Art. | Artículo(s) |
| CCOET | Comando Conjunto Estratégico de Transición. |
| CADH | Convención Americana sobre Derechos Humanos |
| CN | Constitución Política de Colombia |
| CANI | Conflicto Armado No Internacional. |
| Corte IDH | Corte Interamericana de Derechos Humanos. |
| CC | Corte Constitucional |
| CICR | Comité Internacional de la Cruz Roja. |
| CSJ | Corte Suprema de Justicia. |
| DIDH | Derecho Internacional de los Derechos Humanos. |
| DIH | Derecho Internacional Humanitario /Derecho Humanitario Internacional |
| DPI | Derecho Internacional Penal. |
| DUDH | Declaración Universal de Derechos Humanos. |
| FARC-EP | Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –Ejército del Pueblo. |
| FFPP | Fuerza Pública. |
| Ibíd. | ibídem. |
| Inc. | inciso. |
| JEP | Jurisdicción Especial para la Paz. |
| JPO | Jurisdicción Penal Ordinaria. |
| JT | Justicia Transicional. |
| L1820/2016 | Ley 1820 de 2016. |
| L1922/18 | Ley 1922 de 2018. |
| LEJEP | Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la JEP. |
| MP | Magistrada/magistrado ponente. |
| NNUU/UNN | Naciones Unidas/ United Nations. |
| OHCHR | Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos |
| Pág. | Página. |
| Párr. | Párrafo. |
| PIDCP | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. |
| SCP | Sala de Casación Penal. |
| SA | Sección de Apelación de la Jurisdicción Especial para la Paz. |
| SAAD | Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa de la JEP. |
| SDSJ | Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. |
| SIVJNR | Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantía de no Repetición. |
| SLP | Soldado profesional. |
| SV | Salvamento de voto. |
| TP | Tribunal para la Paz. |
| TE | Teniente |
| TPIY/ICTY | Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. |

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sección de Apelación, dejo consignados los argumentos por los cuales debo salvar mi voto respecto de la decisión adoptada mediante el Auto TP-SA 595 de 2020.

Planteamiento

1. En la providencia respecto de la cual salvo el voto, Auto TP SA-595 de 2020, la Sección decidió confirmar la Resolución No. 003628 del 16 de julio de 2019 proferida por la SDSJ de la JEP, mediante la cual esa Sala de Justicia rechazó la solicitud de sometimiento a la Jurisdicción Especial del señor Manuel Lincio ARBOLEDA ASPRILLA. Tal decisión se basó en la determinación de la ausencia del factor material de competencia por los homicidios cometidos contra tres integrantes del Batallón de Artillería No. 4, *Jorge Eduardo Sánchez Rodríguez*, (BAJES), adscrito a la IV Brigada del Ejército Nacional donde laboraba como soldado profesional. Entre las víctimas se encontraba su superior jerárquico y los hechos se produjeron en momentos en que se cumplía un ejercicio de reentrenamiento militar. Para la mayoría de la Sección el resultado del dictamen pericial practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal al señor ARBOLEDA ASPRILLA indica que ni el CANI, ni su continua exposición a éste, incidieron en la comisión de la conducta. En mi criterio, la actuación de la SA mayoritaria en el asunto, además de exceder su competencia, demuestra indudablemente que el *a quo* no contaba con las pruebas suficientes para adoptar una decisión sobre el cumplimiento del factor material.

2. Asimismo, considero que la SA mayoritaria para resolver la solicitud de sometimiento del SLP (r) hace una interpretación contraria a derecho al aplicar una denominada “doctrina militar real” y los manuales de entrenamiento del Ejército Nacional como fuentes del derecho, situación que no solo vulnera garantías constitucionales, del DPI y del DIH, sino que desconoce el papel que han podido desempeñar Estados y sus ejércitos con sustento en determinadas formaciones doctrinarias en el plano militar, reconocidas en múltiples ocasiones como violatorias de los derechos humanos por tribunales nacionales e internacionales. Con esta decisión también se construyen, a partir de dicha “doctrina militar real” y los manuales de entrenamiento, unas reglas generales sobre el comportamiento de los combatientes – *entrenamiento abusivo y conflictos intrafilas*- en las cuales se determina que per se, no son violatorios de los derechos humanos.

3. En la decisión objeto de mi disenso, se estableció que en el caso del SLP (r) ARBOLEDA ASPRILLA, a pesar de tratarse de actos reprochables de violencia en el lugar de trabajo, que contrarían de forma directa la disciplina castrense y que sólo tras un adecuado acopio puede afirmarse, como vinculadas o no con el CANI, pues las dificultades suscitadas entre el oficial y el soldado se originaron a partir del vínculo laboral, “*caracterizado por una relación jerárquica de mando y de subordinación, propia del*



ámbito militar". En este sentido, los hechos tuvieron como móvil el altercado personal y sostenido entre la víctima y el agresor, trayendo como resultado el homicidio de otros dos de sus compañeros integrantes de la FFPP¹. Argumentó esta conclusión a partir del recaudo probatorio **que acopió en sede de Apelación** para lograr determinar si la formación en la guerra y el trabajo prolongado a que fue expuesto al recurrente por las *misiones de combate irregular* contra los grupos guerrilleros, fueron los causantes de que el soldado viera a su comandante como enemigo al que debía de quitarle la vida. También se consideró por parte de la SA mayoritaria, *"la necesidad de consolidar la línea jurisprudencial sobre los tratamientos especiales transicionales, frente a conductas que se enmarcan en el fenómeno de violencia intrafilas, y su posible relación indirecta con el CANI"*².

4. Mi disenso entonces se enmarca en aspectos cruciales del procedimiento adelantado por la Sección de Apelación en el caso en cuestión y en las precisiones técnicas y jurídicas que a continuación enunciaré como es mi deber en mi función de administradora de justicia en la JEP: (a) el debido proceso y sus implicaciones en: (i) la práctica y decreto de pruebas en segunda instancia; (ii) el desconocimiento del derecho de contradicción a los sujetos procesales e intervinientes especiales; (iii) la ausencia de defensa en primera instancia y la defensa deficiente en segunda; (iv) la afectación al plazo razonable en sede de apelación debido a la labor de recaudo probatorio que es privativa en las instancias; (b) la centralidad de las víctimas, el derecho a ser representadas judicialmente en todas las etapas del proceso transicional y el papel que desempeña el MP en su representación y, finalmente (c) cómo la SA mayoritaria en su decisión, giró todo su debate a partir de la introducción del concepto de *"modelo cultural cognitivo"* y su aplicación en los conflictos intrafilas y no bajo las disposiciones del DIH como fuente del derecho.

I. EL PROCEDIMIENTO EN LA JEP DEL CASO DEL SEÑOR MANUEL LICINIO ARBOLEDA ASPRILLA

5. El señor Manuel Licinio ASPRILLA ARBOLEDA, quien fungía como SLP para la época de los hechos, fue condenado por la JPO por el delito de homicidio en concurso homogéneo y sucesivo de tres integrantes del Ejército Nacional, entre ellos, a su superior jerárquico, TE Ronald Paul Colmenares Bermúdez, cuando el pelotón Albardón 1 del Batallón de Artillería No. 4, *Jorge Eduardo Sánchez Rodríguez*, (BAJES), adscrito a la IV Brigada del Ejército Nacional, se encontraba desarrollando un reentrenamiento en el Batallón de Instrucción y Entrenamiento (BITER) N° 4, ubicado en el corregimiento de Los Llanos de Cuivá (municipio de Yarumal, Antioquia) que

¹ Párr. 50 del Auto TP SA 595 de 2020, del cual salvo mi voto.

² Párr. 29 Ídem.

cumplía misiones de combate irregular³ contra grupos guerrilleros, el 27 de enero de 2014. El pelotón antes mencionado realizaba *“operaciones y maniobra de combate irregular de control territorial, seguridad y defensa de la fuerza y acción ofensiva contra células antissubversivas en el Norte de Antioquia”*⁴.

6. El día 6 de noviembre de 2018, el SLP (r) ARBOLEDA ASPRILLA presentó ante la JEP solicitud de sometimiento y concesión del beneficio provisional de la LTCA, señalando que la conducta por la cual fue condenado a veintitrés años y cuatro meses de prisión ocurrió por causa, con ocasión o relación directa o indirecta con el conflicto armado. Dentro de sus argumentos también adujo, que la comisión del delito la realizó con *ira e intenso dolor* por las constantes humillaciones a las que fue sometido por su superior y que los trastornos psicológicos sufridos, fueron como consecuencia de la exposición continua al estrés provocado por los enfrentamientos contra los grupos al margen de la ley y la constante presión de los mandos superiores para obtener resultados. Finaliza su petición, diciendo que durante los más de trece años en la institución fue entrenado para vivir entre *amigos y enemigos* lo que lo llevó a ver a su superior como enemigo y le quitó la vida como siempre le inculcaron⁵.

7. La SDSJ, mediante la Resolución 3628 de 15 de mayo de 2019, rechazó dicha petición por falta del cumplimiento del factor material de competencia, al considerar que *“los hechos punibles obedecieron a causas que no tuvieron relación alguna con el conflicto armado, sino a disputas de carácter personal”*, de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 del AL 01/17. Ante la inconformidad por la decisión, el señor ARBOLEDA ASPRILLA presentó en nombre propio recurso de reposición y en subsidio apelación el día 8 de agosto de 2019. Insistió en que el delito cometido tuvo relación con el conflicto armado; para ello, argumentó que (i) el entrenamiento militar le dio la capacidad para la comisión de la conducta; (ii) debido al constante temor que sentía con las órdenes operacionales impartidas por el superior inmediato, quien las consideraba equivocadas, lo llevaron a considerarlo como un enemigo; (iii) también sentía zozobra por el conocimiento que tenía por el homicidio que el teniente había cometido contra otro soldado (iv) por los malos tratos hacia él por parte del oficial, en el sentido de que le pudiera suceder lo mismo; (v) el arma de dotación era del Ejército y las víctimas miembros de la institución castrense y, finalmente (vi) porque *“el fuego amigo o fratricida está contemplado como delito militar y cabe dentro de las operaciones militares, por error o por participación directa”*⁶.

³ El despacho ponente de la SA toma este término del *“Reglamento de operaciones y maniobras de combate irregular”*.

⁴ Ver párr. 2 del auto sobre el cual presento el Salvamento de voto.

⁵ Ver párr. 5 del auto sobre el cual presento el Salvamento de voto.

⁶ Ver párr. 29 del auto sobre el cual presento el Salvamento de voto.



8. La Sala de Justicia resolvió el recurso interpuesto a través de la Resolución 4510 de 20 de agosto de 2019, confirmando su decisión por los mismos motivos señalados en su disposición inicial, es decir, que la conducta no guarda relación con el CANI. En la misma providencia concedió el recurso en alzada.

9. El caso fue asignado al despacho sustanciador quien después de hacer una primera presentación a la Sección, decidió, previo a resolver de fondo el recurso, decretar la práctica de las siguientes pruebas⁷: (i) recibir la declaración del señor ARBOLEDA ASPRILLA, asistido por un defensor de confianza o en su defecto se le asignará uno por la SE del sistema SAAD; (ii) entrevistar a su esposa y a dos de los antiguos soldados que trabajaban junto con ARBOLEDA ASPRILLA en el pelotón Albardón 2 del Batallón de Artillería No. 4 para la época de los hechos; (iii) ordenar la valoración psicológica al recurrente con el fin de determinar, entre otros, si padecía trastornos psicológicos que influyesen en la comisión de los homicidios, establecer la etiología y secuelas de dichas afectaciones en caso de existir, así como precisar el estado de salud mental y sus eventuales afectaciones, valoraciones que debían ser determinadas por el INMLCF; (iv) ordenar al Comandante del Comando Conjunto Estratégico de Transición (CCOET) de las Fuerzas Militares la remisión de copia de los fallos disciplinarios sancionatorios referidos a delitos contra la vida e integridad personal cometidos por integrantes del Ejército Nacional contra sus mismos miembros entre los años 2010 a 2016, con fundamento en el art. 58 numeral 30 de la Ley 836 de 2003⁸; (v) ordenar al GRAI de la JEP, la elaboración de un informe de contexto con miras a caracterizar las faltas disciplinarias gravísimas establecidas en la ley mencionada también conocido como Régimen Disciplinario de la Fuerzas Militares; (vi) entre otras solicitudes al CCOET, informar, si contra el TE Colmenares Bermúdez se adelantaron investigaciones disciplinarias en las Fuerzas Militares o llamados de atención por incumplimientos durante las maniobras o acoso laboral, lesiones, homicidios contra miembros del Ejército, así como remisión de copias de procesos disciplinarios de ARBOLEDA ASPRILLA, en caso de que los hubiere. Asimismo, solicitó informar si el Ejército ha elaborado o conoce de la realización de estudios de caracterización de hechos constitutivos de violencia intrafilas, y sobre las estadísticas que existan al respecto en la institución, remitir copia de los periodos 2010-2016; y, luego de cumplidas las anteriores órdenes, correr traslado por el término de cinco días a los *intervinientes* para que se pronuncien sobre dichas pruebas.

10. El 5 de diciembre de 2019, se ofició por parte de la Secretaría Judicial de la SA al SAAD con el fin de asignar un Defensor para que asistiera al señor ARBOLEDA ASPRILLA a la **declaración** ordenada mediante el auto de ponente. Después de

⁷ Auto de Ponente TP-SA No. 020 de 21 de noviembre de 2019 que ordena la práctica de pruebas.

⁸ Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo"

levantados los términos por el despacho sustanciador se le corrió traslado al Defensor asignado por el SAAD y al Ministerio Público de las pruebas decretadas y practicadas en segunda instancia. A partir de allí se emitieron otros autos de ponentes con el fin de seguir recaudando la información y las pruebas antes mencionadas.

11. El despacho sustanciador, tras recaudar el material probatorio ordenado⁹, mediante Auto de Ponente TP-SA 030 de 2020 ordenó el traslado de las pruebas practicadas a los sujetos procesales y dispuso que el delegado de la PGN ante la JEP, asumiera la representación de víctimas pues a pesar de la comunicación enviada a una de ellas no se pronunció durante el término del traslado. Durante este interregno el Defensor del SAAD presentó un escrito solicitando la admisión del sometimiento en segunda instancia, argumentando que en su criterio se cumple el factor material de competencia, toda vez que los hechos obedecieron a *“una inconformidad de tipo operacional militar de orden táctico, mucho más allá, de una disputa de carácter personal con el Te Colmenares Bermúdez”*. Indicó que esto se podía observar con las constantes quejas realizadas por su defendido por la incompetencia operacional de su superior jerárquico en una zona de alto riesgo por la alteración del orden público. De otra parte, cuestionó el dictamen pericial en el sentido de que si bien no mostró sintomatología propia de trastorno mental, sí se observa una relación causal entre la falta de competencia operacional militar por parte del TE Colmenares Bermúdez en varias oportunidades cuestionada por ARBOLEDA ASPRILLA, entre otros argumentos.

12. Dentro del mismo término, la Procuraduría Primera Delegada ante la JEP, dio su concepto, solicitando confirmar la decisión de la SDSJ por considerar que las discusiones entre el SLP y su comandante se desprendieron de un acto de inconformidad de aquél *“de cierta manera, de insubordinación hacia las decisiones de un superior”*. Adujo, además, que los testimonios recopilados tanto en la Justicia Penal Militar como en la JEP demuestran las diferencias personales entre el agresor y la víctima, lo que generó la comisión del delito. Concluyó que no hubo tampoco una relación indirecta entre la conducta con el conflicto armado, pues de todas las pruebas practicadas, entre estas, el dictamen pericial del INMLCF, comprueba que para el momento de los hechos, ARBOLEDA ASPRILLA estaba en pleno uso de sus facultades mentales, descartando que el conflicto armado lo haya puesto *“en una situación*

⁹ i) proceso disciplinario No. 003 de 2014, adelantado por el comandante del Batallón de Artillería No. 4, que culminó con decisión sancionatoria contra el SLP(r) ARBOLEDA ASPRILLA, consistente en su separación absoluta de las fuerzas militares e inhabilidad general por 10 años para ejercer cargos públicos²⁶; (ii) proceso penal con número de radicado 2014- 0001527 del Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, que condenó al autor del crimen a la pena de 23 años y 4 meses de prisión por el delito de homicidio simple (*supra*, párr. 2); (iii) información remitida por el Comando Conjunto Estratégico de Transición, (CCOET) entre la que se encuentra la relativa a los fallos disciplinarios sancionatorios respecto de delitos contra la vida e integridad personal, cometidos por integrantes del Ejército Nacional contra otros miembros de esta institución, para el periodo 2010-2016. Párr. 10.4 del auto del cual salvo mi voto.

irresistible que le impidiera discernir entre el obrar correctamente y a conciencia y el cometer una conducta delictiva”.

13. El despacho sustanciador de la SA, tras el acopio de todo el material probatorio recaudado y analizados los escritos presentados por el Defensor y el Delegado del Ministerio Público, presentó su segundo proyecto el día 26 de agosto de 2020.

EL RECAUDO DE PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

14. De conformidad con la Constitución Política, uno de los principios que orientan la JEP, es el debido proceso y la seguridad jurídica como presupuestos de una paz estable y duradera¹⁰. De esta manera, las determinaciones que adopte la Sección de Apelación y en general la JEP, deben reflejar una consideración adecuada de tales principios, la cual implica en especial, que ninguno de ellos resulte vaciado.

Es decir, que hay ciertos asuntos sobre los cuales sólo se pueden pronunciar los tribunales, lo que resulta decisivo respecto del tipo de decisiones que toman los jueces al ejercer el derecho punitivo, pues en tales casos, como bien lo ha dicho la Corte Constitucional, el juez no sólo debe operar como instrumento de defensa y garantía de los derechos de la víctima del delito y de la sociedad mayoritaria, sino también de los derechos del delincuente¹¹.

15. Si se comprende el proceso como una actividad dinámica que se desarrolla a partir de actos que buscan realizar el valor esencial de la justicia¹², los diversos momentos procesales tienen límites formales y materiales. Estos residen en la Constitución y la Ley, luego entonces, comprenden la garantía de los derechos de los sujetos procesales y de los intervinientes especiales, como lo advierte la Corte Constitucional. De ahí que resulte lógico que la normativa de la forma de justicia restaurativa que constituye la JEP, exija la aplicación estricta del debido proceso y de las garantías procesales, lo que también implica la garantía de la impugnación. Estas exigencias, como ha reconocido la Corte Constitucional, se vinculan con el cumplimiento del bloque de constitucionalidad¹³.

16. Desde la perspectiva general de víctimas y procesados, la garantía de impugnación se inscribe en sus derechos a un debido proceso y a la defensa, en clara conexión con el derecho a la dignidad humana, que como bien ha resaltado la Corte

¹⁰ AL 01/17, AT 5, inciso 1, AT 12, incisos 1 y 6, y párrafo. Ver también, Ley 1922 de 2018, artículo 1, inciso 2.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-342 de 2017. MP. Alberto Rojas Ríos.

¹² Véscovi, Enrique. (1984). *Teoría General del Proceso*, pág. 283.

¹³ En particular con normas como el artículo 8 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, el artículo 2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; y el artículo 8.2.h de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, entre otras normas que definen obligaciones internacionales del Estado colombiano, en materia de derechos humanos. En relación con la jurisprudencia y otra normativa del DIDH aplicables, ver, entre otros, párrafos 339 ss. (recursos de las víctimas), párrs. 916 ss. (recursos de comparecientes y víctimas), nota al pie 283 (recursos a favor de víctimas y procesados) de la Sentencia C-007 de 2018, MP. Diana Fajardo Rivera.

Constitucional, implica la “*existencia del derecho a ser sujeto del proceso y no simplemente objeto del mismo*”¹⁴. Entonces, la vigencia de esta garantía de impugnación implica la eliminación de obstáculos que impidan ejercerla adecuadamente, como también ha sido resaltado por la jurisprudencia interamericana¹⁵.

17. Si admitimos que este tipo de decisiones suponen una de las formas de ejercer el poder punitivo pues implica la determinación de un camino a seguir respecto de la condena de una persona, tendremos que mantener las restricciones propias del derecho penal a efectos de no poner en vilo la materialización del debido proceso. No puede olvidarse que en los modelos de justicia punitiva una de las partes, el Estado, se encuentra en un estatus de superioridad frente al ciudadano, pues cuenta con su aparato represivo, respecto del cual la persona ejerce su defensa. Bajo ese supuesto, no pueden aplicarse en principio, normas de derecho privado, como las que se encuentran en el Código General del Proceso, las cuales están creadas para contiendas en donde se tienen a las dos partes como iguales y, por lo tanto, pueden hacer concesiones en garantías como la segunda instancia, bajo los supuestos que consagra el artículo 327 de ese cuerpo normativo.

18. A partir de estas reflexiones es que considero contrario a la garantía de la doble instancia que el *ad quem*, amparándose en la posibilidad de decretar pruebas de oficio y en el autoreferencial principio de estricta temporalidad, sume hechos nuevos a través de evidencia que no tiene carácter sobreviviente, los cuales no fueron objeto de análisis en primera instancia, convirtiendo el trámite de apelación en un proceso sumario, que cercena además la garantía de contradicción de la prueba.

Sobre el dictamen pericial y su valor probatorio

19. El despacho sustanciador, para arribar a la conclusión respecto de la cual salvo el voto, y ante la alegada insuficiencia del material probatorio para decidir, ordenó la práctica de pruebas¹⁶; entre otras, solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal y

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-412 de 1993, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁵ Desde la sentencia de fondo del caso Velásquez Rodríguez, la Corte IDH ha señalado: “*los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos])*”. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988. Fondo. Serie C Nº 4, párr. 91 y párr. 172, negritas fuera del texto original. En tanto deber de los Estados, la diligencia debida surge de la obligación de garantía del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”) y está vinculada a los deberes de prevención y garantía, así como al debido proceso. Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C Nº 166, párr. 128; *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C Nº 163. párr. 145; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C Nº 149, párr. 147; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C Nº 146, párr. 167; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Nº 140, párr. 142; *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C Nº 100, párr. 100; *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C Nº 99, párr. 184.

¹⁶ Auto de Ponente TP SA 20 de 2019 numeral 5.



Ciencias Forenses determinara si el solicitante al momento de la comisión del delito por el que fue condenado, padecía alguna afección o trastorno psicológico, que pudiera haber influido en su decisión¹⁷.

20. La Ley 906 de 2004 establece la regulación aplicable en materia de prueba pericial, especialmente en lo que concierne a la base “*técnico-científica*”¹⁸. En este sentido, la CSJ se ha ocupado de esta temática en reiterados pronunciamientos¹⁹ y además ha indicado que en aquellos casos en los cuales se requiere la prueba pericial para demostrar leyes científicas, no es necesario la presentación del perito en juicio²⁰. A *contrario sensu*, cuando la base científica del dictamen requiere de la explicación sobre la percepción realizada por el perito en su experticia para arribar a una determinada conclusión, es necesario la comparecencia del experto para que pueda ser interrogado y contra interrogado sobre el informe pericial presentado²¹

21. En tratándose de los dictámenes emitidos por psiquiatras, debe precisarse si estos rinden su experticia como “*testigo directo*”²² en cuyo caso deberá indicar si el experto limitó su intervención a la práctica de una entrevista y durante la misma percibió cualquier alteración de las facultades mentales relevante para la solución del caso. Revisado el dictamen pericial allegado a la actuación, se puede señalar que el mismo se realizó el 4 de mayo de 2020, esto es, seis años después de ocurridos los hechos por los que fue condenado el señor ARBOLEDA ASPRILLA, razón por la cual, en primer lugar se debe hacer una distinción categórica entre los hechos jurídicamente relevantes y la opinión de la ocurrencia de los mismos a partir de los EMP que fueron remitidos por el despacho sustanciador al perito respectivo.

22. Dadas estas circunstancias, es necesario analizar la pertinencia, utilidad y necesidad de la prueba pericial, teniendo en cuenta que en la experticia allegada se indica que no hay evidencia de valoraciones psicológicas o psiquiátricas al compareciente, previo durante o posterior a los hechos investigados²³ y que en el auto

¹⁷ Párrafo 10.2 del auto respecto del cual salvo mi voto.

¹⁸ Ley 906 de 2004, artículo 415: “*Base de la opinión pericial [T]oda declaratoria de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes, al menos con (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este código sobre el descubrimiento de la prueba. En ningún caso el informe, de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio*”.

¹⁹ CSJSP, 09 Mayo 2018, Rad. 47423, CSJSP, 23 Nov. 2017, Rad. 45899, CSJSP, 23 Mayo 2018, Rad. 42631.

²⁰ CSJSP, 23 Mayo 2018, Rad. 42631.

²¹ Ley 906 de 2004, art. 412. Comparecencia de los peritos a la audiencia: “[L]as partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubiesen rendido, o para que rindan en la audiencia”.

²² Ley 906 de 2004. Artículo 402. “*Conocimiento personal: [E]l testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la oportunidad de observar o percibir (...)*”

²³ Sobre el particular, en la pág 5 del dictamen pericial se indicó: “[C]abe resaltar que en ninguna parte del expediente enviado por la autoridad (USB no CD), se encuentra registro de atenciones por salud mental, (psicológica y/o psiquiátrica), no hay registro de atenciones, previo, durante o posterior a los hechos investigados, y los guardas del INPEC que acompañan al peritado en la presente entrevista tampoco aportan historia clínica de valoraciones por salud mental”.

de ponente mediante el cual se decretó la práctica de esta prueba no se hizo referencia alguna a estos aspectos.

23. En esa medida, es pertinente analizar si la entrevista realizada al compareciente en desarrollo de la experticia era viable para poder establecer la relación de la conducta desplegada por ARBOLEDA ASPRILLA con el CANI, así como determinar si el valor probatorio que se pretendía otorgar a esta prueba, estaba ligada al cumplimiento de las garantías procesales que otorgan fiabilidad o validez al conocimiento del experto.

24. Al respecto es preciso indicar que la prueba pericial estaba determinada a establecer algún tipo de afectación o alteración en la salud mental del peritado, concluyendo la misma, que el señor ARBOLEDA ASPRILLA, al momento del examen *“no [padecía] enfermedad mental grave o un estado grave por enfermedad”*, razón de peso suficiente para indicar que **la pericia no era de utilidad para poder determinar en el momento actual la presunta relación del comportamiento desplegado en el pasado por el solicitante, y de suyo, establecer que la conducta desplegada por el SLP tuvo alguna relación directa o indirecta con el CANI, pues no era del resorte del perito analizar los supuestos de hecho para arribar a la conclusión de no alteración a la salud mental.**

25. De otra parte, es claro que la SA mayoría desconoció los lineamientos normativos que rigen el decreto, la práctica y la aducción de la prueba científica, y con ello afectó el debido proceso que le corresponde al solicitante, pues para que la misma pueda tener valor probatorio, debe ser sometida a los principios de contradicción²⁴, intermediación y publicidad, aspectos estos que no se ajustaron a la regla previstas para el efecto, por ello, además, carece de mérito probatorio.

Plazo razonable en apelación y el recaudo probatorio

26. Como mencioné y lo he sustentado en este y otros votos disidentes²⁵, el derecho fundamental al debido proceso reconocido en la Constitución guarda estricta relación con el principio de dignidad humana, el cual adquiere su plena eficacia de conformidad con los procedimientos y garantías establecidos en el derecho aplicable. Los procedimientos penales se encuentran especialmente guiados por el respeto de la dignidad y los derechos y garantías de las personas procesadas. *“[Y] para lograrlo, se imponen restricciones en las fases procesales asegurando su eficacia, para que de esa manera ninguno de los partícipes sea instrumentalizado por la acción estatal”*²⁶ Esta misma corporación constitucional ha enfatizado en su nutrida jurisprudencia al respecto que:

²⁴ Corte Constitucional T 274 de 2012. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁵ Ver entre otros más, Salvamento de voto de la magistrada Sandra Gamboa Rubiano al auto TP SA 557 de 2020.

²⁶ CSJ. SCP. Radicado No. 48965, AP 2399-2017 de 5 de abril de 2017.



La idea del derecho al debido proceso sin dilaciones injustificadas y de la prestación del servicio público a la administración de justicia con la observancia diligente de los términos procesales, so pena de sancionar su incumplimiento, ha determinado la construcción de una línea jurisprudencial, nacional e interamericana, sobre la mora judicial, que parte del supuesto de que no todo incumplimiento de los términos procesales lesiona los derechos fundamentales, pues para que ello ocurra se requiere verificar la superación del plazo razonable y la inexistencia de un motivo válido que lo justifique. Este análisis se adelanta teniendo en cuenta (i) la complejidad del caso, (ii) la conducta procesal de las partes, (iii) la valoración global del procedimiento y (iv) los intereses que se debaten en el trámite²⁷.

27. En consecuencia, si la decisión judicial se prolonga de manera injustificada, puede configurarse una violación a las garantías judiciales: *“La Corte considera que una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma, en ciertos casos, una violación de las garantías judiciales.”* Debe advertirse, como lo he señalado en oportunidades anteriores, que la aplicación del plazo razonable no cede respecto de las personas condenadas o quienes han ingresado en un proceso de JT. Si bien es prolífica la jurisprudencia interamericana en relación con las personas sobre quienes pesa detención preventiva, se ha resaltado que el plazo razonable también se incorpora en el debido proceso de personas condenadas.

28. Si bien el objetivo del plazo razonable consiste en garantizar una pronta decisión, la definición de este concepto no es sencilla. Por lo tanto, la Corte IDH se ha valido de criterios inicialmente empleados por la Corte Europea de Derechos Humanos para evaluar la razonabilidad del plazo, teniendo en cuenta que el artículo 6 del *Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, también consagra dicho concepto. Los elementos que deben ser analizados en cada caso para determinar si el plazo en el cual se ha adelantado un proceso puede ser calificado como

²⁷ CC. Sentencia T-341 de 2018. Debe aclararse que hasta el año 2009, la jurisprudencia de la Corte IDH, con fundamento a su vez en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, determinó la incidencia en el plazo razonable de los primeros tres elementos, **involucrando en el último de ellos, inicialmente de forma tácita y luego expresamente, el elemento referido al análisis global del procedimiento.** A partir de la sentencia del *Caso Valle Jaramillo* se incorporó un cuarto elemento, **consistente en la influencia de la afectación en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.** Corte IDH, *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de noviembre de 2014, párr. 505. *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2012, Serie C No. 253, párr. 262. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Serie C No. 237, párr. 273. *Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párr. 219. *Caso Garibaldi vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Serie C No. 203, párr. 133. *Caso Valle Jaramillo vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 155. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C No. 165, párr. 102. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, Sentencia de 1º de julio de 2006, Serie C No. 148, párr. 298. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 217. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, párr. 190. *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párrs. 66 y 93. Caso de la *Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Sentencia del 8 de marzo de 1998, Serie C No. 37, párrs. 152 y 155. *Caso Suárez Rosero vs Ecuador*, Fondo, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párrs. 70 - 73. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, párrs. 76, 77, 81 y 96.

razonable son los siguientes: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales; d) el análisis global del procedimiento; y, e) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Estos elementos también han sido acogidos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Asimismo, la Corte IDH ha dejado claro que la pertinencia de los criterios que se integren para determinar la razonabilidad del plazo depende de las circunstancias de cada caso.

29. Por su parte, la Corte Constitucional reconoce la exigencia del plazo razonable, a partir del artículo 29 de la Constitución Política, en síntesis, bajo los siguientes parámetros: (i) los plazos que rigen el procedimiento penal buscan colmar el derecho sustancial y deben satisfacer los principios de igualdad, debido proceso, razonabilidad y proporcionalidad; (ii) reitera los criterios interamericanos de complejidad del asunto, actividad procesal del interesado, así como la conducta de las autoridades públicas, la importancia del litigio para el concernido y el análisis global del procedimiento, resaltando que deben ser revisados en relación con los casos concretos. La SCP de la CSJ, reiterando la jurisprudencia constitucional e interamericana, también adopta los supuestos de esta última, indicando que las cargas para el individuo en el procedimiento penal, no pueden ser prolongadas en el tiempo.

Las cuestiones referidas al plazo razonable en la decisión en concreto

30. En este caso, el abordaje que le doy al plazo razonable no se limita al sentido en que me he pronunciado en los diferentes votos disidentes desde el momento en que la SA mayoritaria estandarizó el plazo de seis meses para tomar la decisión a partir de la asignación del asunto a la Sala o Sección, sin importar las características de cada uno. Como lo mencioné en el aparte relativo al régimen probatorio aplicado por la mayoritaria de la SA, no puedo compartir que, a través de la práctica de pruebas en sede de apelación, se desarrolle todo el procedimiento que debió agotarse en la primera instancia, desconociendo no sólo el debido proceso, con todas las implicaciones jurídicas que estas representan para los sujetos procesales e intervinientes especiales, sino que, a través de esta práctica inadecuada, la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz funge como complemento o extensión de la primera instancia, desdibujando el sentido de la impugnación y la segunda instancia²⁸.

²⁸ Ver, entre otros, Aclaración de voto de la Magistrada Sandra Gamboa a la Sentencia de Amnistía TP- SA 108 de 2019.



31. En el asunto que se analiza, el despacho sustanciador de la SDSJ rechazó el sometimiento a la Jurisdicción y, por tanto, el beneficio de la LTCA, sin que hubiese desplegado actividad procesal tendiente a complementar el recaudo probatorio

necesario para tomar la decisión más acertada sobre la aceptación del sometimiento deprecado por el solicitante. No obstante, la SA mayoritaria en contravía de los postulados constitucionales y legales, decidió abrir paso a un amplio caudal probatorio para determinar si efectivamente, como lo afirmó el *a quo*, no se cumplía el factor material de competencia que diera paso al sometimiento impetrado. En desarrollo de esa actividad la mayoría de la sección tomó un término, igualmente amplio, dando en apariencia a los sujetos procesales las garantías al debido proceso, esto es, asignar un defensor en segunda instancia para que asistiera al señor ARBOLEDA ASPRILLA en la diligencia de entrevista, y dar traslado de las pruebas decretadas y practicadas por el *a quem* para acivar el ejercicio de la contradicción. **Esta es una visión francamente utilitarista del derecho a la defensa técnica por la mayoría de la SA.**

32. Es importante destacar que pese a que en apariencia se agotaron estas oportunidades procesales por el despacho sustanciador, no es suficiente para concluir que se ejerció en debida forma el derecho de defensa, y que el contradictorio se cumplió, pues se itera, la práctica de las mencionadas pruebas se llevó a cabo sin el rigor exigido a la luz de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, que permita garantizar el cumplimiento del debido proceso, es decir, no hubo participación activa de los sujetos procesales e intervinientes especiales, pues el contradictorio se limitó a correr traslado, una vez practicadas las pruebas y completado el recaudo probatorio, de suerte que se pretermitió la oportunidad de objetar, contradecir, contrainterrogar o solicitar nuevas pruebas y con ello se quebrantó la garantía del debido proceso pues el ejercicio probatorio a cargo de los sujetos procesales se redujo a dar conformidad mediante traslado sobre lo ya practicado, lo que permite concluir el desconocimiento a la garantía suprema del debido proceso.

33. Se suma a lo expuesto que, el plazo utilizado por el despacho sustanciador de la SA para la práctica y acopio del extenso caudal probatorio no fue justificable, en la medida que se abrogó la competencia de la SDSJ, no se garantizó el debido proceso, tampoco garantizó la participación de las víctimas, y finalmente, la intención de la SA mayoritaria iba encaminada a *“la necesidad de consolidar la línea jurisprudencial sobre los tratamientos especiales transicionales, frente a conductas que se enmarcan en el fenómeno de violencia intrafamiliar, y su posible relación indirecta con el CANI”* y no la de establecer si el pronunciamiento de primera instancia fue el adecuado para tomar una decisión frente a la solicitud planteada por el compareciente.

II- LA CENTRALIDAD DE LAS VÍCTIMAS

LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS PARA DETERMINAR LOS BENEFICIOS PROVISIONALES DEBE SER PREVIA A SU CONCESIÓN O DENEGACIÓN.

34. La Sección de Apelación se ha pronunciado sobre los derechos de las víctimas en el contexto de la JEP²⁹. En el Auto TP-SA 041 de 2018, la Sección admitió la inicial limitación de la actividad procesal de las víctimas en el ordenamiento jurídico colombiano avalada por la jurisprudencia constitucional, pues se acotaba a la indemnización vía proceso penal,³⁰ poniendo de presente cómo dichos condicionamientos fueron objeto de transformación a partir de la Sentencia C-228 de 2002, donde se aceptó que concurrían al proceso a fin de ejercer sus derechos fundamentales a la verdad, la justicia, la reparación y a la garantía de no repetición.

35. Con la Sentencia C-228 de 2002, el tribunal constitucional: (i) a partir del reconocimiento del derecho de la víctima a impugnar sus decisiones, verificada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), concluyó la existencia del derecho a tener una actividad central en toda la actuación; y (ii) precisó de conformidad con lo anterior, los derechos sustanciales y procesales de las víctimas y de sus representantes en todas las etapas del proceso, incluyendo la fase de indagación preliminar³¹ y con anterioridad al mismo³².

²⁹ Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa 001 de 2019, párrs. 66 y 67. “El derecho a la participación se deriva de la centralidad que el AFP les reconoció directamente a las víctimas, cuando resaltó la importancia de que ellas estuvieran siempre en el corazón de cada trámite judicial: “[e]n toda actuación del componente de justicia del SIVJRN, se tomarán en cuenta como ejes centrales los derechos de las víctimas y la gravedad del sufrimiento [a ellas] infligido”#. Por su parte, la Corte Constitucional dispuso que “la garantía de los derechos de las víctimas es el fundamento y finalidad esencial de la Jurisdicción Especial para la Paz” y que “el reconocimiento de [sus] derechos [...] conlleva la obligación de proteger su participación dentro de los procesos penales en el marco de la justicia transicional”# (énfasis añadido). De estas citas la SA resalta los verbos garantizar y proteger, para significar que la participación de las víctimas es un derecho en sí mismo# y, en todo caso, el presupuesto para el disfrute de todos los demás.// Es por ello por lo que el Acto Legislativo 1 de 2017 ordena que las normas de procedimiento garanticen su intervención, conforme a “[...] los estándares nacionales e internacionales y los parámetros establecidos en el Acuerdo Final y doble instancia en el marco de un modelo adversarial” (art 12 trans). Y si bien la Ley 1820 de 2016 no desarrolló a fondo este derecho a la participación en los trámites en ella regulados, lo cierto es que, al examinar su constitucionalidad, la Corte explicó que esto se debía, justamente, a la circunstancia natural de que dicha regulación estaba pensada para controlar la aplicación de institutos transicionales ante autoridades administrativas o jurisdiccionales ordinarias, donde las posibilidades de intervención de las víctimas son reducidas#. No obstante, aclaró el Tribunal, la actuación de las víctimas es necesaria en todos los procesos adelantados ante la JEP, ya que el principio de participación irradia integralmente el componente judicial de transición dado su enfoque inequívocamente restaurativo”

³⁰ Se aludió, entre otras, a las siguientes decisiones del tribunal constitucional: Sentencia C-293 de 1995, C-475 de 1997, SU-717 de 1998, C-163 de 2000 y C-1711 de 2000. Asimismo se resaltó que de esta línea interpretativa la Corte se apartó en las sentencias C-412 de 1993 y C-1149 de 2001.

³¹ Subregla reconocida por la Corte Constitucional para el Sistema Penal Acusatorio, respecto de la etapa de indagación en la sentencia C-454 de 2006

³² Señaló la Corte: “Por ende, está legitimada, por ejemplo, para impugnar decisiones que conduzcan a la impunidad o no realicen la justicia”. (Considerando 6.3). “Además, la reducción de los derechos de las víctimas y los perjudicados al interés en una reparación económica no consulta otras normas constitucionales, en las cuales se establecen principios fundamentales y deberes, estrechamente relacionados con el restablecimiento de los derechos de las víctimas y perjudicados. (considerando 4.2.). “De lo anterior surge que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos”. (considerando 4.1)



36. Esta sentencia hito, como se destacó en el Auto TP-SA 041 de 2018, no sólo influyó en la configuración de la línea jurisprudencial consecuente³³, sino que además permitió afirmar que el país se enrutaba hacia el cumplimiento de las exigencias del DIDH en la materia. Esto significó, además, la adopción expresa de múltiples instrumentos y normativas del Derecho Internacional³⁴.

37. Asimismo, el reconocimiento de los derechos de las víctimas a participar activamente en los procesos se ha realizado en la jurisprudencia de la SCP de la CSJ, con fundamento en el DIDH y en particular en la jurisprudencia interamericana³⁵. En el Auto TP-SA 041 de 2018, se destacó que la CSJ había incorporado cuestiones como: (i) la interdependencia de los derechos de las víctimas, así como sus dimensiones individuales y colectivas; (ii) el deber de los Estados de organizar sus estructuras de forma tal que a través de un debido proceso para víctimas y procesados, tenga lugar la diligencia debida; y (iii) el deber de recordar³⁶.

38. A partir de allí, la determinación de estos derechos en la jurisprudencia constitucional, también tuvo lugar en relación con el trámite penal especial de Justicia

³³ Entre otras, el Auto en mención alude a las siguientes Sentencias de la Corte Constitucional: C-287 de 2014, SU-254 de 20013; C-059 de 2010, C-029 de 2009; C-004 de 2003, T-1202 de 2000, T-259 de 1994, T-512 de 1992. Debe destacarse, asimismo, que el tribunal constitucional se pronunció sobre diversas cuestiones tales como: los derechos de las víctimas y un orden justo; el reconocimiento de sus múltiples derechos en el proceso penal; sus derechos bajo la Constitución y el DIDH; la exigencia de que participen durante todo el proceso y en todo tipo de procesamientos; la efectividad de sus derechos y la lucha contra la impunidad; sus naturaleza de derechos fundamentales que pueden ser protegidos a través de la acción de tutela; así como el incremento de la exigencia del derecho a la verdad en proporción directa a la gravedad de las conductas (Sentencias C-579 de 2013, C-354 de 2006, C-047 de 2006, C-1177 de 2005, C-1154 de 2005, C-979 de 2005, C-591 de 2005, C-998 de 2004, C-114 de 2004, C-014 de 2004, C-899 de 2003, C-775 de 2003, C-570 de 2003, C-451 de 2003, C-004 de 2003, C-916 de 2002, C-875 de 2002, C-805 de 2002, C-578 de 2002, C-282 de 2002, C-178 de 2002, C-228 de 2002, T-556 de 2002, T-1267 de 2001, SU-1184 de 2001, C-1149 de 2001, C-740 de 2001, T-1267 de 2001, C-163 de 2000, T-694 de 2000, C-293 de 1995).

³⁴ Entre la normativa de derecho internacional a la que se dio aplicación en esta trascendente jurisprudencia constitucional, se cuenta con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (Artículo 18); el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Artículo 2), la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder*, (si bien exhibía cierta visión restrictiva de los derechos de las víctimas); los *Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el Derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (Principios de Van Boven y Bassiouni) y el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Asimismo se destaca en el escenario interamericano: la *Declaración Americana de Derechos y Deberes* (Artículo 18); y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Artículos 8 y 25).

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Decisión del 11 de julio de 2007.

³⁶ Entre la jurisprudencia interamericana matriz, se destacaron en el Auto TP-SA- 041 de 2018 las siguientes sentencias de la Corte IDH: *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277; *Caso J vs. Perú*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275; *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*. (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones). Sentencia del 26 de noviembre de 2013; Serie C No. 274; *Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones). Sentencia del 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 263; *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 32; *Caso Gomes Lund ("Guerrilla Do Araguaia") vs. Brasil*. Sentencia del 24 de noviembre de 2010. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C No. 219; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones). Sentencia del 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213; *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 3 de abril de 2009, Serie C No. 196; *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153; *Casos de la Masacre de Ituango vs. Colombia*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia del 1 de julio de 2006, Serie C No. 148; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C No. 140; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 25 de noviembre de 2005, Serie C No. 137; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70; *Caso Castillo Petruzzi, et. al vs. Perú*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52; *Caso de la "Panel Blanca" (Panigua Morales y otros) vs. Guatemala*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 8 de marzo de 1998, Serie C No. 34; *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. (Fondo). Sentencia del 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22.

y Paz, aplicando las consecuencias que emergen de la consideración como fundamentales de los derechos de las víctimas³⁷. Se subrayó la existencia de un sistema de garantías de naturaleza bilateral para víctimas y procesados a partir de los artículos 229, 29 y 93 de la Constitución Política, agregando el tribunal constitucional en la Sentencia C-454 de 2006: *“Esta bilateralidad, ha sido admitida por esta Corporación al señalar que el complejo del debido proceso, que involucra principio de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural [...]”*. De esta forma, se ubicó el límite de la actividad procesal de las víctimas y sus representantes en la garantía del derecho a la igualdad de armas entre Defensa y acusación, sin descuidar la existencia de derechos reforzados de las víctimas ante fenómenos criminales constitutivos de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH.

39. Por tener directa incidencia en el auto respecto del cual salvo mi voto, debe enfatizarse que la Corte Constitucional ha señalado dimensiones a realizar en las diversas decisiones que adopte la JEP por la gravedad de los hechos que concitan su competencia material. Por ejemplo, a partir del derecho a la verdad, señala: (i) la garantía individual y social de conocer la verdad acerca de los hechos padecidos, así como a las diferentes circunstancias en que fueron realizados; (ii) el deber en cabeza del Estado de tomar medidas que permitan recordar; y (iii) el derecho imprescriptible a la verdad de las víctimas y la sociedad no puede depender de las acciones judiciales que las primeras realicen. Mientras que en realización del derecho a la justicia, la Alta Corte destacó (a) el deber del Estado de investigación y sanción adecuada a los responsables; (b) el derecho de las víctimas a contar con un recurso efectivo; (c) y el deber de respetar las reglas del debido proceso. Respecto de este último aspecto, realzó la existencia de un derecho constitucional de las víctimas al proceso penal y a participar en él.³⁸

40. Entonces, la mayoría de la SA, como consecuencia del obediencia a sus propias decisiones, como la de disponer de las referidas audiencias, habría tomado camino, en la Senit 1, por suprimir la exigencia de intervención previa de las víctimas. Con ello, **se ha trocado un germen de participación en la imposición del silencio para adoptar los beneficios específicos, con lo que se podría estar contradiciendo las exigencias relativas a la garantía de la participación de las víctimas y en reconocerles el mayor efecto expansivo posible**³⁹. Con la presente decisión se afianza la postura asumida por la SA mayoritaria en la sentencia interpretativa aludida, mientras la realización de los derechos de las víctimas seguirá expectante, siendo claramente insuficiente que se haya consagrado el principio de centralidad de las víctimas, por ahora, normativamente.

³⁷ Ver al respecto, entre otras decisiones de la Corte Constitucional: Sentencia C-209 de 2007 y la Sentencia C-454 de 2006.

³⁸ Corte Constitucional: Sentencia C-454 de 2006.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-007/18.



41. No puede la JEP replicar costumbres propias de otros escenarios judiciales en donde su participación está supeditada de facto a la insistencia o capacidad de incidencia de las víctimas, y no lo puede hacer, especialmente porque el centro de atención de esta jurisdicción se encuentra precisamente en ellas.

LA REPRESENTACIÓN DE VÍCTIMAS EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL

La representación de las víctimas por parte del Ministerio Público

42. No obstante los antecedentes presentados, es preocupante que la SA mayoritaria ha degradado sistemáticamente la participación de las víctimas, desarrollando una jurisprudencia regresiva que se limita a reconocer la participación de las víctimas a través de autoridades como la Procuraduría General de la Nación, postergar su intervención o, incluso, únicamente reconocer inmediatamente a aquellas víctimas que reclaman participación temprana. A propósito de la primera medida debo señalar que, por calificada y bien intencionada que resulte la intervención del Ministerio Público, no puede suplir los intereses ni posturas de aquellos sobre quienes recayeron las conductas punibles⁴⁰, pues, como es bien sabido, el criterio legal rara vez es coincidente y mucho menos cuando responde a intereses diversos.

43. Resulta, a lo menos ingenuo, esperar que una autoridad pública, a la cual, además, se le atribuye la representación de los intereses de la sociedad en general, velar por la moralidad pública, el control disciplinario de los funcionarios públicos, entre otras múltiples funciones, gestione de forma suficiente los intereses de aquellos que reclaman haber sido gravemente afectados por la actividad del Estado a través de sus agentes. La gestión de los intereses de quien concurre a un proceso judicial debe ser desarrollada por un profesional del derecho calificado y designado específicamente para ello y solamente de manera excepcional, cuando expresamente lo habilite la ley puede limitarse esa garantía.⁴¹

44. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha modificado sus procedimientos al ser consciente de las divergencias posibles en la postulación de las víctimas y de la CIDH, las cuales de ninguna forma desnaturalizan la actividad de ninguna de las dos partes, sino que reconocen su autonomía en cuanto al panorama que pueden trazarse de un caso y las consecuencias que estimas deben desprenderse de las circunstancias que lleguen a probarse. En el actual reglamento de la Corte IDH se

⁴⁰ Especialmente cuando se trata de víctimas claramente identificadas y pueden ser contactadas.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007 (i) Por regla general el derecho de acceso a la justicia se debe ejercer a través de abogado, y sólo excepcionalmente, en los términos previstos por el legislador, puede hacerse de manera directa; (ii) la regulación de esas situaciones excepcionales debe efectuarse por el legislador atendiendo criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iii) la asistencia letrada o técnica constituye – tanto en el caso del acusado como de la víctima - una garantía del derecho de acceso a la administración de justicia.

establece: “Después de notificado el escrito de sometimiento del caso, conforme al artículo 39 de este Reglamento, las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso.”⁴²

45. Como ilustración de la plausibilidad de criterios divergentes en la gestión de intereses ante tribunales internacionales de derechos humanos puede verse, entre otros, el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú, en donde la Corte IDH advierte sendas diferencias en la postura de las víctimas y la CIDH lo que conlleva al reconocimiento de su posibilidad de postulación autónoma pues a su juicio “los titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana, y no admitir [...] [que aleguen nuevos derechos] sería una restricción indebida a su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

46. El derecho nacional también ha avanzado en ese entendimiento, la representación judicial de las víctimas por un profesional del derecho autónomo, que no encarna a la vez los intereses de una autoridad, se ha trazado como imperativa. El más claro ejemplo lo encontramos en las disposiciones legales relativas a procesos penales en que se juzgan delitos en que resultaron víctimas niñas y niños, en lo que además de concurrir el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría de Familia, todos constitucionalmente y legalmente obligados a velar por la materialización de sus derechos, la ley obliga a que la representación se realice por un profesional del derecho, aun sin que medie la autorización de los padres, incluso la norma obliga al juez a abrir de oficio el incidente de reparación integral, pero, en todo caso este trámite ha de adelantarse mediante la concurrencia de un apoderado de las víctimas⁴³.

El uso inadecuado del término “víctimas indirectas”

47. Llama la atención cómo en el presente caso, la Sección mayoritaria quiso, en apariencia, hacer valer el derecho que tienen las víctimas a la participación en el procedimiento transicional⁴⁴, sin obtener los resultados esperados, toda vez que se limitó a enviar una comunicación desprovista de información sustancial acerca del caso, del propósito de la participación y el derecho que tiene a intervenir como sujeto de derechos. Actuación que considero insuficiente y aparente, pues como lo he

⁴² Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009), artículo 25

⁴³ Artículos 196 y 197 de la Ley 1098 de 2006.

⁴⁴ Oficio TPSA 1009 de 22 de mayo de 2020, mediante el cual se le comunica a la dispuesta en el ordinal cuarto del Auto de Ponente 028 de 2020, que dispuso contactarla para que en el término de 10 días manifieste si tiene interés de participar del trámite de sometimiento del señor ARBOLEDA ASPRILLA y en caso tal que no cuente con abogado de confianza, se le asignará uno por medio del SAAD. Sobre este llamado no se tuvo respuesta por parte de la víctima. Rad. Sistema de gestión CONTI 2020000174.



manifestado en otras ocasiones, el derecho a la participación de las víctimas debe ser real, no solo formal.

48. Por otro lado, también vale la pena resaltar cómo en la decisión mayoritaria se hace alusión a la expresión “*víctimas directas*”⁴⁵. En este sentido, advierto que la categorización entre el universo de víctimas implica una valoración previa sobre el daño provocado en los derechos de una persona, prevaleciendo la situación de quienes, en dicho sentido, hayan sufrido un daño directo, lo que efectivamente ocurre en este caso⁴⁶.

49. Valga decir que la alusión a la existencia de víctimas “*indirectas*” se registra en la jurisprudencia de la Corte IDH con la finalidad, en su momento, de reconocer y proteger los derechos de los familiares de quienes pasaron a considerarse como víctimas “*directas*” de violaciones a los derechos humanos como, *v.gr.* las desapariciones forzadas; esto es, a partir de una consideración del daño atinente a la lesión física⁴⁷. No obstante, la expansión de la noción de víctima y de la noción del daño no limitado al físico sino incluyendo a los morales y emocionales, posteriormente, avanzó en considerar a los familiares como víctimas, dejando de relegar su dolor a un papel secundario⁴⁸.

50. Los desarrollos descritos han tenido eco en la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁹, ligado también a que una clasificación entre víctimas directas e indirectas supone, a la vez, una graduación del daño que puede restringir los derechos que la normatividad nacional e internacional ha reconocido a las víctimas, cuando ello corresponde a las condiciones de imputación del daño y no al de su existencia. De hecho, y específicamente para el caso de esta Jurisdicción, el Tribunal ha reiterado la pérdida de vigencia en el empleo de estas distinciones, precisando nuevamente que la definición de víctima adoptada por la jurisprudencia constitucional corresponde a la alcanzada por el estándar internacional, que comprende a:

⁴⁵ Párrafos 9 y 11 del auto respecto del cual Salvo el voto.

⁴⁶ Ver, Salvamento parcial de voto al auto TP SA 593 de 2020 de la magistrada Sandra Gamboa.

⁴⁷ Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y Otros (Caso de los Niños de la Calle) Vs. Guatemala, Fondo*. Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Fondo*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No 70. Al respecto, ver los votos razonados de los Jueces A. A. Cançado Trindade (Párr. 40: “*La ampliación de la noción de víctima vuelve a ocurrir en el presente caso, en relación con los familiares inmediatos del Sr. Efraín Bámaca Velásquez. El intenso sufrimiento causado por la muerte violenta de un ser querido es aún más agravado por su desaparición forzada, y revela una de las grandes verdades de la condición humana: la de que la suerte de uno encuéntrase ineluctablemente ligada a la suerte de los demás. Uno no puede vivir en paz ante la desgracia de un ser querido. Y la paz no debería ser un privilegio de los muertos. La desaparición forzada de una persona victimiza igualmente sus familiares inmediatos (a veces desagregando el propio núcleo familiares), tanto por el intenso sufrimiento y la desesperación causados, cuanto por sustraer a todos del manto protector del Derecho. Este entendimiento ya forma hoy, en el umbral del siglo XXI, jurisprudencia constante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”) y Sergio García Ramírez (Párr. 3: “*Este desarrollo revela claramente el impulso tutelar del derecho internacional de los derechos humanos, que pretende llevar cada vez más lejos –en una tendencia que estimo pertinente y alentadora– la protección real de los derechos humanos. El principio favorecedor de la persona humana, que se cifra en la versión amplia de la regla pro homine –fuente de interpretación e integración progresiva– tiene aquí una de sus más notables expresiones*”) Negritas fuera de los textos originales.

⁴⁹ Ver la Aclaración de voto del Mag. Luis Ernesto Vargas Silva a la Sentencia C-052/19, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[...] **toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales**, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” **también** comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización⁵⁰ (negrilla fuera del texto original).

51. La Corte también fue enfática en que la amplitud de la definición de “víctima” se contrapone a categorizaciones como las de “*víctimas con interés directo y legítimo*”, misma que no puede interpretarse de modo tal que se constituya en un obstáculo para la participación de las víctimas como intervinientes especiales en los procedimientos que surta esta Jurisdicción, en tanto “*no es un concepto restrictivo que se agote en la persona directamente afectada con el daño antijurídico real, concreto y específico causado, sino que constituye un concepto amplio que se extiende también a sus familiares o seres más allegados, especialmente en casos de homicidio y desaparición forzada, que está definido en función del concepto de daño, y que puede ser individual o colectivo. Lo anterior, por cuanto una interpretación en otro sentido vulneraría los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 1, 2, 13, 29, 229, 83, 250 C.P. entre otros y Acto Legislativo 01 de 2017*”⁵¹ (negrilla fuera del texto original).

52. Por ello, encuentro que la interpretación empleada por la Sección mayoritaria es abiertamente contradictoria con los postulados nacionales e internacionales sobre el reconocimiento de la condición de víctima y los derechos que de ello se desprenden. La SA mayoritaria, desconociendo la advertencia de la Corte Constitucional, fija un criterio restrictivo para la definición de quiénes pueden ser acreditadas como víctimas ante la JEP, recurriendo a las concepciones no vigentes como las de víctimas *directas* e *indirectas*. Aunque la SA mayoritaria asume que el empleo dichas expresiones no causa efectos en los derechos, esta diferenciación entre víctimas “directas” e “indirectas” desconoce el grado de vulneración de quienes han sufrido violaciones a sus derechos en tanto genera consecuencias que en la participación de las víctimas en los procedimientos judiciales ante la JEP, vinculadas estrechamente con reglas que establece para el trámite de acreditación de víctimas en la Jurisdicción.

⁵⁰ Definición contenida en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución 60/147, 16 de diciembre de 2005, párrafo 8), citada en la Sentencia C-080/18, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, apartado 4.1.11.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-080/18, análisis de constitucionalidad del artículo 15 de la LEJEP.



III. LA OBLIGACIÓN DE LA JEP DE VALORAR DESDE EL DIH LAS CONDUCTAS RELATIVAS A LA FORMACIÓN MILITAR Y SU EVENTUAL VÍNCULO CON EL CANI

Sobre el modelo cultural cognitivo

53. En la providencia respecto de la cual salvo el voto, la Sección mayoritaria apela al concepto de “*modelo cultural cognitivo*” como un criterio que permitiría catalogar una conducta atribuible a un miembro de la Fuerzas Militares en contra de integrantes de la misma Fuerza como relacionada con el CANI. En ese sentido, en el caso del señor ARBOLEDA ASPRILLA, la mayoría de la Sección determinó que, al no contar con evidencias de la aplicación de un “*modelo cultural cognitivo*” en relación con los homicidios cometidos por el solicitante, no era posible predicar la relación de tales con el CANI.

54. Teniendo en cuenta la centralidad de dicho concepto para la aproximación analítica de la mayoría de la Sección a los diferentes fenómenos relativos a la formación militar en el contexto colombiano, es necesario profundizar en los supuestos de la noción acogida por la mayoría, así como los efectos negativos que podría significar su adopción irrestricta.

55. En primer lugar, debe señalarse que en el Auto TP SA 595 de 2020, la SA mayoritaria define el concepto de *modelo cultural cognitivo* involucrando, al menos, dos dimensiones: (i) la idea de que las fuerzas armadas son portadoras de una *cultura propia*⁵² transmitida mediante la doctrina militar, la cual puede ser aprehendida por sus integrantes de una forma adecuada; (ii) o de una forma inadecuada, formulando la existencia de una “*subcultura castrense*”⁵³, la cual se opondría a los valores transmitidos en la formación oficial.

56. Tal planteamiento, en sus dos dimensiones, aborda sólo desde lo enunciativo los procesos de formación militar en el contexto del conflicto colombiano y, por ende, desconoce sus múltiples implicaciones. En consecuencia, adoptar la noción de “*marco cultural cognitivo*” a fin de señalar cuestiones que la JEP está obligada a develar a través de un conjunto de actividad investigativa y restaurativa, no ofrece una solución apropiada para el caso específico y tampoco contribuye a delinear las medidas de depuración, reforma y no repetición que la JEP, como componente del SIVJRN, podría estar llamada a ordenar en relación, por ejemplo, con las Fuerzas Armadas.

⁵² En la providencia también se emplea el concepto de “*consciencia militar*” como sinónimo.

⁵³ Lloyd Roberts David, “*Teaching the Law of Armed Conflict to Armed Forces: Personal Reflections*”, en Anthony M. Helm (ed.), *International Law Studies*, Vol. 82, Naval War College, Newport, Rhode Island, 2006, pp. 121–134. Citado en Bates, Elizabeth Stubbs, “*Towards effective military training in international humanitarian law*”, *International Review of the Red Cross* (2014), 96 (895/896), 795–816.

57. Las dos razones principales de la insuficiencia del concepto de “*marco cultural cognitivo*”, desarrollado en los términos de la SA mayoritaria, son: (i) la prevalencia otorgada a una explicación culturalista de la formación militar, termina excluyendo consideraciones de orden social y político, entre otras; (ii) la postulación de una “*subcultura castrense*”, la cual es evaluada a la luz de la doctrina militar -formulada esta en abstracto- como ajustada a estándares de derechos humanos y DIH, impide análisis integrales que desemboquen en potenciales medidas de reforma y garantías de no repetición que deben ser desplegadas como parte de una política pública de justicia transicional⁵⁴.

58. En relación con el primer aspecto, la adopción de un enfoque culturalista por la mayoría de la Sección puede apreciarse en la finalidad atribuida a la noción de marco cultural cognitivo, el cual serviría para “*explicar el impacto de la cultura sobre las acciones, en otros términos, dicho modelo pretende conocer cómo la cultura moldea las motivaciones y conocimientos de los individuos, específicamente analiza los procesos de apropiación e internalización de los marcos culturales que orientan las conductas de cada sujeto.*”⁵⁵ Tal conceptualización implica un reduccionismo cultural⁵⁶ que excluye del análisis de los fenómenos relativos a la formación militar variables que involucran aspectos históricos, políticos, económicos, tanto del plano nacional como del internacional⁵⁷. Además, en el nivel individual tampoco tiene en cuenta diferentes dimensiones psico-sociológicas o de oportunidad que pueden influir en los procesos de entrenamiento militar y el posterior desarrollo de acciones con base en el mismo⁵⁸.

⁵⁴ En ese sentido debe recordarse que el AFP corresponde a una política pública de Estado y no solo de gobierno. Al respecto, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-630 de 2017 MP, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo: “(vi) En razón a la calidad con la que actúa el Presidente de la República y lo que representa, como asunto de interés nacional, la finalización del conflicto armado interno y el logro de la paz, es que esta Corporación ha sostenido que el Acuerdo de Paz corresponde, en principio, a una política pública de Gobierno. Se entiende así, porque el texto final incorpora el conjunto de principios, estructuras y roles institucionales liderados por el Gobierno, que constituyen a la vez la base de la gestión estatal de lo que se considera necesario para materializar el derecho-deber a la paz. Dicha política fue adoptada constitucionalmente como política de Estado mediante el Acto Legislativo 02 de 2017, razón por la que, en cuanto tal, resulta vinculante para todas las instituciones y autoridades públicas, puesto que representa el compromiso de los órganos de representación democrática, Presidente y Congreso de la República, en torno a lo que resulta deseable para que los miembros de la sociedad colombiana puedan convivir pacíficamente a mediano y largo plazo, en el respeto de los derechos humanos y el reconocimiento de la paz como valor de primer orden dentro del modelo de organización política adoptado por la Constitución del 91.// (vii) El concepto de política de Estado en este contexto alude a un proyecto a mediano y largo plazo sobre temas que, como en este caso, se refieren a la consolidación de una paz estable y duradera, que, a su vez, incluye medidas de transición hacia la paz de tipo penal, político, social, económico y cultural, de derechos de las víctimas, de seguridad ciudadana, que conllevan los cambios estructurales necesarios de las causas que dieron origen al conflicto interno para su finalización y garantías de no repetición. Todos estos aspectos tienen un valor estratégico, pues no dependen de los variables dinámicas de la actividad política.// (viii) Siendo el Acuerdo Final, en los términos del Acto Legislativo 02 de 2017, una política de Estado, implica una obligación de cumplimiento de buena fe por parte de las instituciones y autoridades públicas, y como estrategia de mediano y largo plazo, se mantiene su vigencia durante los próximos tres gobiernos, plazo que el constituyente derivado encontró razonable para la implementación y consolidación de lo acordado.”

⁵⁵ Pie de página No. 46 de la providencia respecto de la cual Salvo el Voto.

⁵⁶ Restrepo, Eduardo, “*Intervenciones en teoría cultural*”. Popayán. Editorial Universidad del Cauca.2012

⁵⁷ Véase, por ejemplo: Atehortúa Cruz, Adolfo León “*Los estudios acerca de las fuerzas armadas en Colombia: balance y desafíos*”. Análisis Político. No. 51, Bogotá, 20004. Págs. 12-24; Leal Buitrago, Francisco, “*La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del Sur*”, Revista de Estudios Sociales No. 15, Págs. 74-87.

⁵⁸ Véase, CICR. “*El origen del comportamiento en la guerra. Comprender y prevenir las violaciones del DIH*”. 2004.



59. Sumado a lo anterior, la idea de una *cultura propia* de las fuerzas militares, que le es exclusiva, termina opacando la expansión de “mentalidades guerreristas” en el pleno de la sociedad colombiana, así como las manifestaciones provenientes de sectores de víctimas, académicos y judiciales para que se develen los múltiples sentidos bajo los cuales la lógica amigo-enemigo podría haber permeado de forma estructural las relaciones sociales entronizando la fuerza, la violencia y la guerra como el mecanismo privilegiado de relación con el Otro⁵⁹. Así, es forzoso develar a través de decisiones judiciales propias del ejercicio de un debido proceso y de la construcción de justicia restaurativa, si dicha construcción del otro como enemigo tendría consecuencias en el marco de las hostilidades e incluso si ha constituido un elemento central de la construcción de la cultura política colombiana⁶⁰.

60. En ese sentido, en cuanto a la segunda limitación del “*marco cultural cognitivo*” debe señalarse que la dicotomía planteada por la SA mayoritaria entre un “deber ser” (la doctrina militar formal) y el “ser” (la doctrina militar real) da por sentado, sin ningún tipo de sustento probatorio, que lo que puede ser denominada la *subcultura castrense*, es lo que explicaría cualquier conducta ilícita atribuible a los miembros de las fuerzas armadas, ya sea en contra de quienes puedan ser considerados como integrantes del bando contrario o del propio. Tal premisa, si llega a ser aceptada por la Jurisdicción Especial de forma general, puede llevar a desaprovechar una oportunidad única para una necesaria y profunda evaluación del tipo de las relaciones, entre otras, cívico militares que exige un escenario post-acuerdo de paz.

61. La postulación, en abstracto, de la coexistencia de una doctrina militar *formal* y otra *real*, equivale a afirmar que al interior de las fuerzas militares se presenta una *subcultura castrense*, es decir que algunos integrantes de la institución se oponen a los valores hegemónicos de la institución⁶¹, propiciando así comportamientos desviados o patológicos. Tal lectura podría arrojar entonces respuestas eminentemente individuales para fenómenos de naturaleza estructural, atendiendo al carácter de “institución total” de las fuerzas militares⁶², la cual no despliega sus procesos formativos en el vacío sino

⁵⁹ Blair Trujillo, Elsa. “La imagen del enemigo: ¿un nuevo imaginario social?. Estudios Políticos. (06), 47-71.1995.

⁶⁰ Sobre los efectos de la construcción del enemigo en el plano judicial Ver: Salvamento de Voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano a la Sentencia de la Sección de Apelación TP SA AM 168 del 18 de junio de 2020.

⁶¹ Clark, J. et al. Subcultures, Cultures and Class. London. Jefferson T. Editors. 1976

⁶² Según Goffman: “Un ordenamiento social básico en la sociedad moderna es que el individuo tiende a dormir, jugar y trabajar en distintos lugares, con diferentes coparticipantes, bajo autoridades diferentes, y sin un plan racional amplio. La característica central de las instituciones totales puede describirse como una ruptura de las barreras que separan de ordinario estos tres ámbitos de la vida. Primero, todos los aspectos de la vida se desarrollan en el mismo lugar y bajo la misma autoridad única. Segundo, cada etapa de la actividad diaria del miembro se lleva a cabo en la compañía inmediata de un gran número de otros, a quienes se da el mismo trato y de quienes se requiere que hagan juntos las mismas cosas. Tercero, todas las etapas de las actividades diarias están estrictamente programadas, de modo que una actividad conduce en un momento prefijado a la siguiente, y toda la secuencia de actividades se impone desde arriba, mediante un sistema de normas formales explícitas, y un cuerpo de funcionarios. Finalmente, las diversas actividades obligatorias se integran en un solo plan racional, deliberadamente concebido para el logro de los objetivos propios de la institución. Véase Goffman, “Erwin Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales”. Buenos Aires, Amorrortu, 2001.

que se inscribe en contextos sociales, políticos y económicos que no pueden ser invisibilizados.

62. De conformidad con lo anterior, es indispensable que la Jurisdicción Especial no avale de manera genérica diagnósticos, sin el acervo probatorio adecuado, que eludan la identificación de variables pertinentes para la posterior adopción de las medidas de depuración, reforma y no repetición que son intrínsecas a un modelo de justicia transicional⁶³, y que son ineludibles en un estado social de derecho, tal como puede extraerse del principio 36 del *Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*⁶⁴, al señalar:

Principio 36. Reforma de las instituciones estatales Los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias, incluidas reformas legislativas y administrativas, para procurar que las instituciones públicas se organicen de manera de asegurar el respeto por el estado de derecho y la protección de los derechos humanos. Como mínimo, los Estados deben emprender las siguientes medidas:

a) Los funcionarios públicos y los empleados que sean personalmente responsables de violaciones graves de los derechos humanos, en particular los que pertenezcan a los sectores militar, de seguridad, policial, de inteligencia y judicial, no deben continuar al servicio de las instituciones del Estado. Su destitución se realizará de acuerdo con los requisitos del debido proceso y el principio de no discriminación.

Las personas acusadas oficialmente de ser responsables de delitos graves con arreglo al derecho internacional serán suspendidas de sus deberes oficiales durante las actuaciones penales o disciplinarias.

b) Con respecto al poder judicial, los Estados deben emprender todas las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento independiente, imparcial y eficaz de los tribunales de conformidad con las normas internacionales relativas a las garantías procesales debidas. El derecho de hábeas corpus, sea cual fuere el nombre por el que se le conoce, debe considerarse un derecho no derogable.

c) Debe garantizarse el control civil de las fuerzas militares y de seguridad, así como de los organismos de inteligencia y, en caso necesario, ese control debe establecerse o restaurarse. Con ese fin, los Estados deben establecer instituciones eficaces de supervisión civil de las fuerzas militares y de seguridad y de los organismos de inteligencia, incluidos órganos de supervisión legislativa.

d) Deben establecerse procedimientos de denuncia civil y debe garantizarse su eficaz funcionamiento.

⁶³ ICTJ, "Justice as prevention: vetting public employees in transitional societies". Edited by Alexander Mayer-Rieckh and Pablo de Greiff. 2007.

⁶⁴ Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.



e) Los funcionarios públicos y los empleados, en particular los que pertenezcan a los sectores militar, de seguridad, policial, de inteligencia y judicial deben recibir capacitación amplia y permanente en materia de derechos humanos y, cuando proceda, en las normas del derecho humanitario y en la aplicación de esas normas.

Sobre la doctrina militar real

63. El referido “*modelo cultural cognitivo*” es así argüido, por la Sección mayoritaria⁶⁵, en la providencia respecto de la cual salvo mi voto, para establecer una diferencia entre dos categorías, denominadas en el auto como: doctrina militar formal y doctrina militar real. Tal taxonomía, como desarrollé previamente, se fundamenta en un criterio artificial. Artificial, de un lado, porque pretende ser al mismo tiempo premisa y conclusión⁶⁶, toda vez que parte de la certeza de que la doctrina militar definida por el Estado (denominada en el auto como formal) es distinta a la culturalmente apropiada (denominada, real), lo cual de suyo conduciría a escindir de la doctrina militar, cualquier conducta, que el juez estima sea producto del mentado “*modelo cultural cognitivo*”; y de otro lado, porque desconoce que, lo que la providencia llama “*interiorización e implementación*”, tal como lo ha desarrollado el CICR, es parte de la educación, formación y entrenamiento militares, acciones respecto de las cuales los Estados tienen la obligación de asegurar el cumplimiento de las normas internacionales humanitarias y de derechos humanos.

64. De tal manera, esta reciente doctrina de la SA mayoritaria de la JEP implica un grave riesgo para el logro de los objetivos constitucionales de la jurisdicción, consistentes en la efectividad de los derechos de las víctimas, a la justicia, la verdad, la reparación y las garantías de no repetición y la construcción de una paz estable y duradera⁶⁷. Ello, por cuanto eventualmente, dejaría libradas a la impunidad graves violaciones a derechos humanos e infracciones al DIH, en tanto fija como punto de partida, un deslinde entre la doctrina militar y las conductas cometidas por los integrantes de grupos armados. Contrario a lo asumido por la Sección mayoritaria, el análisis que se debe hacer de las conductas para determinar su vínculo con el CANI, atendiendo el DIH, implicaba una comprensión según la cual, las obligaciones internacionales del Estado comportan el integrar las normas de dicho derecho

⁶⁵ Auto TP-SA 595 de 2020, párr. 21.

⁶⁶ En el auto se afirma que el caso “*invita a examinar si la formación, esto es, la doctrina militar, de alguna manera y bajo ciertos presupuestos, puede influir en la comisión de este tipo de crímenes y si los mismos pudiesen eventualmente estar relacionados con el conflicto armado*” (párr. 20). Al mismo tiempo, la sección mayoritaria ofrece una respuesta, no como conclusión de un análisis sustentado, que considere el marco del DIH y del DIDH, sino, paradójicamente como una premisa, que tiene previamente establecida, al afirmar: “*así como existe una divergencia entre el estudio teórico de una profesión y su interiorización en la vida práctica, esa misma divergencia puede existir entre la doctrina militar y su aplicación en el terreno, (...), esto es lo que se denomina la doctrina militar real*”, (párr. 21).

⁶⁷ En armonía con lo dispuesto en los artículos 1 a 7 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la JEP, Ley 1957 de 2019.

internacional a la doctrina, de cuya definición, como se explicará enseguida, no se pueden excluir artificialmente las prácticas, entrenamiento y apropiación.

65. Para dilucidar el asunto, cabe recordar que el CICR, al referirse a las obligaciones de las partes en relación con el DIH⁶⁸ y el DIDH⁶⁹, alude a cómo dichos derechos deben ser considerados en la legislación nacional e implicar la doctrina militar: *“Muchas autoridades y actores armados de todo el mundo han realizado grandes esfuerzos para garantizar el cumplimiento de la ley aplicable durante las operaciones, y algunos han logrado buenos resultados. Sin embargo, todavía se producen violaciones y es necesario mejorar aún más el cumplimiento. La integración de la ley a nivel nacional es imprescindible para lograrlo. // La integración es un proceso continuo. Debe abordar cuestiones de **doctrina, educación, formación y equipamiento militares** y estar respaldado por un sistema eficaz de sanciones”* (negrilla fuera del texto)⁷⁰.

66. A tales efectos, el Comité define doctrina militar como la que *“debe proporcionar una guía para el comportamiento legal. Aquí se entiende por doctrina todos los principios estándar que orientan la acción de los portadores de armas a nivel estratégico, operativo y táctico, independientemente de las formas que adopten estos principios. Por tanto, engloba todas las directivas, políticas, procedimientos, códigos de conducta, manuales de referencia y reglas de enfrentamiento, o sus equivalentes, que sirven para educar, formar y orientar a los portadores de armas durante sus carreras, dándoles un vocabulario común y dando forma al proceso de toma de decisiones, tácticas y comportamiento en operaciones”* (negrilla fuera del texto)⁷¹.

67. Aparejada a la doctrina militar, el CICR analiza lo relacionado con el entrenamiento militar, el cual debe implicar la doctrina ajustada al marco normativo del DIH y DIDH, a tal punto que es parte del desarrollo de esta. Tal entrenamiento, como lo anota el Comité, se da también en la puesta en práctica de la relacionada doctrina.

⁶⁸ En especial, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y las normas de derecho internacional humanitario consuetudinario.

⁶⁹ En este sentido, sobre el DIDH, el CICR refiere en general, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y puntualiza: *“Ciertos derechos fundamentales establecidos en los instrumentos del DIDH nunca pueden derogarse. En particular, estos incluyen el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y los tratos o penas inhumanos, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre y el principio de legalidad e irretroactividad de la ley. Dado que el DIH se aplica precisamente a situaciones excepcionales, el “núcleo duro” del DIH tiende a converger con las garantías fundamentales y legales que brinda el DIH. El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aplicable en los conflictos armados no internacionales, ofrece un buen resumen de estos derechos “centrales”, estableciendo las reglas básicas mínimas que regulan el uso de la fuerza cuando la violencia interna alcanza el umbral de un conflicto armado”*. Traducción propia. En: CICR Handbook On International Rules Governing Military Operations. Ginebra (Suiza). 2013. Pági. 23. Consultado el 23 de septiembre de 2020, en https://www.icrc.org/sites/default/files/topic/file_plus_list/0431-handbook_on_international_rules_governing_military_operations.pdf

⁷⁰ Traducción propia. En: CICR. Handbook On International Rules Governing Military Operations. Ginebra (Suiza). 2013. Página 20. Consultado el 23 de septiembre de 2020, en https://www.icrc.org/sites/default/files/topic/file_plus_list/0431-handbook_on_international_rules_governing_military_operations.pdf

⁷¹ Traducción propia. En: CICR. Handbook On International Rules Governing Military Operations. Ginebra (Suiza). 2013. Página 31. Consultado el 23 de septiembre de 2020, en https://www.icrc.org/sites/default/files/topic/file_plus_list/0431-handbook_on_international_rules_governing_military_operations.pdf.



68. Así, la puesta en práctica de lo que, en un cuerpo armado, se denominen manuales o lineamientos, no es escindible de un concepto genuino de doctrina militar que considere las obligaciones en materia de DIH y DIDH, y lo más importante, tampoco es escindible, de la responsabilidad que se pueda derivar, de dicha puesta en práctica. De tal manera, la *“interiorización e implementación”* no puede entenderse como otra doctrina militar, una real por oposición a la formal⁷², como lo estableció la Sección mayoritaria, y ello es así por cuanto las acciones de educación, formación y entrenamiento, también deben estar regidas por el DIH y el DIDH, marcos normativos que, como se anotó previamente, definen las obligaciones estatales aludidas⁷³ y que hacen parte del marco normativo aplicable por la JEP⁷⁴. De esta manera el CICR al referirse al entrenamiento militar señala: *“La formación de los actores armados se centra en proporcionar al personal experiencia práctica sobre cómo realizar sus funciones cumpliendo con la ley. Permite a los oficiales, suboficiales y a la base, adquirir habilidades y experiencia, y debe conducir a adquirir los reflejos correctos, hasta que se conviertan en una segunda*

⁷² Al respecto ver Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia (TPIY). Versión pública editada, de la Sentencia emitida el 24 de marzo de 2016, volumen I de IV, en el caso Fiscal vs. Radovan Karadžić. Caso No: IT-95-5/18-T. Páginas 80 a 81, párr. 209 a 211. En el capítulo II de dicha sentencia, titulado Panorama General del Caso, en concreto en el acápite sobre las Estructuras militares y policiales de los serbios en Bosnia, se hace alusión a lo relativo a la “Fuerza de Defensa Territorial” (TO) para anotar: *“Como parte de la doctrina militar de la RFSY [República Federativa Socialista de Yugoslavia] conocida como “Defensa de todos los pueblos”, la TO [Fuerzas de Defensa Territorial] fueron integradas por formaciones armadas organizadas que no formaban parte del JNA [Ejército Nacional Yugoslavo] ni de la policía. El TO estaba integrado por unidades, instituciones, personal y otras organizaciones de individuos “para una resistencia armada popular general” que se podía movilizar en tiempos de guerra. La OT se organizó con personal tanto a nivel republicano como municipal. // El 27 de marzo de 1992, ante la Asamblea de los serbios de Bosnia, el acusado dio instrucciones a los municipios recién formados para “organizar a la gente para que se defiendan” como una TO y ponerlos bajo el mando del JNA presente en ese momento // El 15 de abril de 1992, la Presidencia de Serbia declaró una amenaza inminente de guerra y al día siguiente, se ordenó la movilización de la TO. // La TO fue declarada parte de las fuerzas armadas. En consecuencia, todos los reclutas militares debían ponerse a disposición del personal de la TO municipal en el territorio de la RS, y las unidades de TO recién formadas debían “cooperar con las unidades del JNA y, cuando sea posible, ponerlas bajo un solo mando”.* Traducción propia. Consultada el 21 de septiembre de 2020 en: https://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement.pdf

⁷³ Valga mencionar en este punto, para evidenciar la obviedad del asunto que, incluso, el Manual de Derecho de Guerra del publicado por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América que aborda el asunto desde la perspectiva de un análisis del Derecho Internacional Consuetudinario (sobre la cual refiere *“que resulta de una práctica genera y consistente de los Estados que es seguida por ellos desde un sentido de obligación legal (...) una forma de ley no escrita en el sentido de que no se crea mediante un acuerdo escrito por Estados (...) generalmente vinculante para todos los Estados, aunque los Estados que sean objetores persistentes a una norma de derecho internacional consuetudinario durante su desarrollo no están obligados por esa regla”*) reconoce la imbricación entre doctrina y entrenamiento. Así refiere: *“varias doctrinas militares, como la precisión de los objetivos, la concentración de esfuerzo, maximización de la ventaja militar, conservación de recursos, evitación de excesos daños colaterales y economía de fuerza no solo son plenamente compatibles con el cumplimiento de la ley de la guerra, sino que también refuerza su observancia. El uso de fuerza excesiva e indiscriminada es costoso, altamente ineficiente y un desperdicio de recursos escasos. // Asimismo, la necesidad de disciplina para una fuerza armada eficaz refuerza la implementación y cumplimiento del derecho de la guerra. Es más probable que una fuerza indisciplinada cometer violaciones del derecho de guerra, como saqueos, abusos de detenidos o atrocidades contra la población civil”.* Y siendo mucho más evidente en como la aludida imbricación puede adoptar diversas formas, al describir: *“En muchos casos, la formación sobre las exigencias del Derecho de la guerra puede no clasificarse como entrenamiento en “Derecho de la guerra”, o puede llevarse a cabo sin reconocer que tales exigencias son del Derecho de la guerra. Más bien, puede darse el caso de que las fuerzas militares estén adiestradas de acuerdo con doctrinas o reglamentos militares, que han incorporado requisitos del Derecho de guerra y han sido revisados para comprobar su coherencia con el Derecho de la guerra”.* En: Consejo General del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América. *Law of War Manual*. Washington. 2015 (versión actualizada 2016). Págs 30 - 31, 1071 y 1083. Traducción propia. Consultado el 23 de septiembre de 2020 en: <https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/DoD%20Law%20of%20War%20Manual%20-%20June%202015%20Updated%20Dec%202016.pdf?ver=2016-12-13-172036-190>

⁷⁴ Como lo refieren claramente los artículos 5, 6 y 23 de la LEJEP, en aplicación del bloque de constitucionalidad que es parte de la normativa colombiana y que irradia el AL 1 de 2017, que modificó la Carta Política, tras el AFP.

*naturaleza. Esto sólo puede lograrse mediante la práctica repetida, y la persona más adecuada y más eficaz para inculcar tal comportamiento es el superior directo*⁷⁵.

69. En el ámbito nacional, la CSJ, ha tenido oportunidad de corroborar, en concreto, lo aquí descrito; reseñarlo permite ilustrar el planteamiento de la suscrita magistrada respecto a la artificialidad de la diferencia entre doctrina formal y real.

70. La CSJ conoció un caso relacionado con hechos ocurridos el 25 de enero de 2006, en el Centro de Instrucción y Entrenamiento de la Sexta Brigada del Ejército Nacional de Piedras, Tolima, cuando en una *“instrucción teórico práctica de la materia ‘evasión y escape’, dirigida a 72 soldados (...), los soldados fueron vendados, amarrados, sometidos a fuertes golpes en su cuerpo, a inmersiones forzosas en una cañada, lanzados en un charco de lodo y estiércol, rozados con pringamoza, arrastrados, se les puso hormigas en las orejas, cuello y fosas nasales, se les dio de comer sal, incluso, algunos fueron quemados con tizones en su rostro y extremidades y sometidos a vejámenes sexuales. // Dicha instrucción se dio por terminada cuando [un] soldado logró escapar y dar aviso al subdirector (...), sobre los excesos que durante la práctica se estaban cometiendo. // El entrenamiento estaba a cargo de instructores del Batallón Rooke con apoyo de algunos suboficiales del batallón Patriota de Honda, y por su participación, (...) fueron vinculados y acusados (...)*⁷⁶. Los recurrentes alegaron en el marco de las causales de casación que no todos los hechos eran constitutivos de delitos y que no se podía predicar de ellos la posición de garante si se consideraba *“la rigidez del entrenamiento militar y el sufrimiento derivado de ese entrenamiento”*, así como que, *“el entrenamiento militar cuestionado necesariamente comporta «sufrimiento y maltrato en lo físico y psicológico» para los participantes”*. Por su parte la Sala Penal arguyó: *“importa destacar que el fallador de segundo grado no podía incurrir en el vicio de valoración probatoria que se alega respecto del Manual R.E.E.S., por cuanto en orden a evidenciar que en el ejercicio castrense estaba proscrito cualquier tipo de maltrato por expresa prohibición contenida en dicho documento, se atuvo a su tenor literal, y al efecto se remitió al capítulo sobre «Medidas de Seguridad», literal g) del numeral 2), donde se destaca que durante el entrenamiento se deben «Mantener las normas de conducción de la instrucción con todos los instructores y recordar que NO SE DEBE GOLPEAR EN NINGÚN MOMENTO AL PERSONAL QUE RECIBE LA INSTRUCCIÓN», por manera que el juez plural no tuvo que acudir a ninguna regla empírica para arribar a la conclusión de que en el entrenamiento no se podía golpear a los soldados, mucho menos someterlos a apneas, aplicarles plantas urticantes y animales ponzoñosos, ni quemarlos con tizones”*. Como se aprecia, el *“Manual R.E.E.S”* constituiría en el planteamiento de la sección mayoritaria lo que se denominó en el auto *“doctrina militar formal”*; sin embargo,

⁷⁵ Traducción propia. En: CICR. Handbook On International Rules Governing Military Operations. Ginebra (Suiza). 2013. Página 34. Consultado el 23 de septiembre de 2020, https://www.icrc.org/sites/default/files/topic/file_plus_list/0431-handbook_on_international_rules_governing_military_operations.pdf

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Penal, Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Radicación n° 44505, aprobado Acta No. 349, AP6462-2014 del 22 de octubre de 2014.



ignora que la *“doctrina militar”* implica, como lo anota el CICR⁷⁷, actuaciones como la formación práctica, los entrenamientos, y que tal entendimiento acorde con el DIH excluye el planteamiento de la pretendida *“doctrina militar real”* asociada a un *“modelo cultural cognitivo”*.

71. Como se viene señalando, el establecimiento de un argumento de la sección mayoritaria, consistente en definir que una cosa es la doctrina material formal y otra la doctrina militar real, y refiriendo ésta a lo que sería un modelo cognitivo, cierra la posibilidad de un análisis, importante en el marco de la justicia transicional -y, en especial, como quedó anotado en el acápite precedente, cierra posibilidades para la verdad restaurativa y la adopción de medidas de no repetición- relativo al impacto que en determinados casos pudo tener la doctrina militar en la realización de conductas de competencia de la JEP.

72. Hecha esta puntualización me referiré enseguida a otro aspecto que la sección mayoritaria pasó por alto, constituido por las implicaciones que debe tener la actividad de valoración probatoria de los manuales y lineamientos, que son parte de la doctrina militar; implicaciones que no son triviales en tanto tocan ámbitos relevantes en la JEP como el de las pruebas que caben a efectos de la determinación de responsabilidades y el de los criterios que contribuirán a la definición de una política criminal *“transicional”* que responda a las obligaciones de brindar garantías efectivas de no repetición.

La doctrina militar como objeto de prueba y de valoración en la JEP

73. Respecto a los manuales y lineamientos de operación militar se esperaría al menos un abordaje desde dos enfoques en la Jurisdicción; el primero de ellos es que puedan servir como un insumo para definir la responsabilidad de un individuo. En su momento, la JEP deberá considerar si la imposición de una sanción a los miembros de la FFPP se hace necesaria luego de determinar la creación de riesgos jurídicamente desaprobados⁷⁸ que podrían resultar evidenciados gracias al estudio por parte del juez de esos lineamientos de operación. Este ejercicio de imputación corresponde al llamado del constituyente en el segundo inciso del artículo 22 del AL01/17 cuando afirma que: *“En la valoración de la conducta de los miembros de la FFPP también se tendrán en cuenta las reglas operacionales vigentes al momento de la comisión del hecho, siempre que no sean contrarias a la normatividad legal.”*

⁷⁷ Ver también: CICR. Manuel Muñoz-Rojas y Jean Jacques Frésard. *El origen del comportamiento en la guerra. Comprender y prevenir las violaciones del DIH*. Ginebra. 2004. En este estudio se refiere: *“El entrenamiento militar y la preparación colectiva para el enfrentamiento con el enemigo, cuya imagen se deshumaniza, convierten al individuo en un ser todavía más dócil”*. Página 7.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP 8759-2016 del 29 de junio de 2016, MP Jorge Luis Barceló Camacho, consideración 3. *La teoría de la imputación objetiva enseña que para que un resultado le pueda ser atribuido a un agente, este ha debido crear o incrementar un riesgo jurídicamente desaprobado, y este riesgo creado debió realizarse en el resultado típico. Esta teoría, desarrollada en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, viene a replantear aquellas tesis que fundan el concepto de autoría exclusivamente en la causalidad, esto es, el vínculo o enlace entre acción y resultado.*

74. En estos casos, esas llamadas reglas operacionales⁷⁹, dentro de las cuales se deben encontrar los tratados internacionales sobre derechos humanos y las normas del DIH, servirán como herramientas al juez para definir los deberes especiales que le eran exigibles a determinado sujeto que ostentaba la condición de miembro de la FFPP y que tomó parte en hechos que pueden a la postre considerarse como constitutivos de conductas punibles. En este tipo de ejercicio el juicio recaerá, en principio, sobre la adecuación o no de la conducta de un sujeto al plexo normativo que lo obliga y determina que su actuar se ajuste o no a las barreras que el derecho a impuesto al ejercicio de su rol.

75. Sin embargo, un segundo enfoque necesariamente deviene de asumir que la JEP tiene a su cargo tomar decisiones que se erijan como herramientas de las que pueda valerse la política criminal, para contribuir a que se hagan realidad las garantías de no repetición⁸⁰. Por este motivo está obligada a valorar de forma detallada, objetiva y desprovista de una visión institucionalista, aquellas prácticas de quienes intervienen en el CANI, algunas de ellas adoptadas formalmente como normas jurídicas y otras, como una suerte de costumbre, que se arraiga en el imaginario de los combatientes.⁸¹

76. La labor del juez transicional en su ejercicio de valoración de la doctrina militar no puede verse *v.gr.*, como la del juez contencioso administrativo, que desarrolla un ejercicio de confrontación entre el reglamento y el complejo normativo superior para determinar si se ajusta o no a sus parámetros para tomar una decisión sobre su validez.

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, consideración 4.1.10.2. *“Las reglas operacionales son contenidos del ámbito administrativo de la Fuerza Pública que tienen por objeto regular la realización de los operativos militares conforme a las normas de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Dichas reglas operacionales tienen entonces un marco constitucional, legal y jurisprudencial que se concretiza en instrucciones de índole administrativa sobre la conducción de operaciones y hostilidades, y, al ser aplicadas como criterio de calificación jurídica de la conducta en la Jurisdicción Especial para la Paz, deben entenderse como contenidos normativos de naturaleza administrativa que regían la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en el momento de las operaciones militares.”*

⁸⁰ Véase AFP punto 5.1 *“No repetición, mediante la aplicación de todas las medidas del Sistema –y de otras que serán acordadas en el Punto 3 de la Agenda– para impedir la revictimización y la repetición, alentar el rechazo de la sociedad a la guerra y sus efectos, afianzar la terminación del conflicto, e impedir el surgimiento de nuevas formas de violencia”*.

Corte Constitucional, Sentencia C 839 de 2013 MP. Jose Ignacio Pretelt, Consideración 3.5.2.4. *La garantía de no repetición está compuesta por todas las acciones dirigidas a impedir que vuelvan a realizarse conductas con las cuales se afectaron los derechos de las víctimas, las cuales deben ser adecuadas a la naturaleza y magnitud de la ofensa// La garantía de no repetición está directamente relacionada con la obligación del Estado de prevenir las graves violaciones de los DDHH, la cual comprende la adopción de medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos. // En particular, se han identificado los siguientes contenidos de esta obligación: (i) Reconocer a nivel interno los derechos y ofrecer garantías de igualdad; (ii) Diseñar y poner en marcha estrategias y políticas de prevención integral; (iii) Implementar programas de educación y divulgación dirigidos a eliminar los patrones de violencia y vulneración de derechos, e informar sobre los derechos, sus mecanismos de protección y las consecuencias de su infracción; (iv) Introducir programas y promover prácticas que permitan actuar de manera eficaz ante las denuncias de violaciones a los DDHH, así como fortalecer las instituciones con funciones en la materia; (v) Destinar recursos suficientes para apoyar la labor de prevención; (vi) Adoptar medidas para erradicar los factores de riesgo, lo que incluye el diseño e implementación de instrumentos para facilitar la identificación y notificación de los factores y eventos de riesgo de violación[130]; (vii) Tomar medidas de prevención específica en casos en los que se detecte que un grupo de personas está en riesgo de que sus derechos sean vulnerados.*

⁸¹ Ley 1820 de 2016 , artículo 6 INTEGRALIDAD. *Las amnistías e indultos, y los tratamientos penales especiales, incluidos los diferenciados para agentes del Estado, son medidas del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, cuyos fines esenciales son facilitar la terminación del conflicto armado interno, contribuir al logro de la paz estable y duradera con garantías de no repetición, adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica para todos y satisfacer los derechos de las víctimas. Por ello, los distintos componentes y medidas del Sistema Integral están interconectados a través de mecanismos, garantías, requisitos para acceder y mantener los tratamientos especiales de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.*



La JEP no está en la capacidad de extraer del ordenamiento jurídico una norma reglamentaria, lo que la extrae de la obligación que implica la presunción de legalidad.

77. Por el contrario, la JEP debe reconocer como una hipótesis plausible que la doctrina militar, desgastada por las varias décadas de conflicto, resulte ser el desencadenante de una actuación criminal, al subvertir los fines del Estado y la ética que debería trascender a su trabajo.

78. Si la FFPP es destinataria de la Jurisdicción Especial, no puede ser tratada de forma condescendiente por el juez transicional, quien al contrario, debe ser consciente de que se ha reconocido que por parte de las fuerzas del Estado fueron cometidas conductas punibles que afectan en gran medida a la población civil, y por ello el mandato a los jueces es el de develar todos aquellos factores que desencadenaron los fenómenos criminales, entre ellos la definición de políticas de guerra que desconocen los postulados del DIDH y el DIH.⁸²

79. Presumir simplemente que la actuación de las Fuerzas Militares está revestida de legalidad y acierto podría implicar dejar de lado cualquier tipo de cuestionamiento sobre la legitimidad de su actuar o a lo sumo **poner en las víctimas la carga de la prueba sobre una falla sistemática estatal, lo cual es evidentemente gravoso**. Si, como en el caso que nos ocupa, aparece un serio cuestionamiento sobre los efectos de la doctrina militar, debe necesariamente desplegarse una actividad judicial adecuada al reto que propone el caso.

80. En un escenario de transicionalidad, al que le interesa por sobre todo auscultar la verdad sobre lo ocurrido durante el CANI, resulta insostenible que se parta de una afirmación como *“todas las fuerzas armadas tienen su propia doctrina militar, que en principio teórica y formalmente responde tanto a los compromisos internacionales del Estado con los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario (DIH), como a las necesidades políticas y operacionales del Estado.”*⁸³ Al contrario, si a la Jurisdicción le interesa develar la doctrina militar entendida no sólo como normas y directrices escritas sino como un entramado de conductas, códigos no escritos, etc., no necesariamente coherentes entre sí, como exige el DIH, y a partir de ella valorar si se adecúa o no a estándares internacionales y si, además pudo desarrollar un rol determinante en la comisión de conductas punibles, debe entender que **esa doctrina es un hecho sujeto a valoración y por lo tanto se erige objeto de prueba**, es decir, que ya no es simplemente un insumo para que el operador jurídico tome una decisión como vimos puede ser un determinado

⁸² AFP punto 5.1.4 *En segundo lugar, mediante el reconocimiento de lo ocurrido en el marco del conflicto y del esclarecimiento y rechazo de las graves violaciones a los derechos humanos y de las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, incluyendo aquellas que han sido históricamente menos visibles como las cometidas contra las mujeres y los niños, las niñas y adolescentes, así como el rechazo a la violencia contra colectivos, movimientos sociales y sindicales, y partidos políticos, en especial los de oposición que fueron severamente victimizados, para que sea un propósito compartido de la sociedad que esto nunca se vuelva a repetir.*

⁸³ Párr 21 de la decisión que ocupa al salvamento.

manual - *supra* 74-, sino es aquello sobre lo que ha de recaer una valoración jurídica de un juez.

81. Entonces, si el problema jurídico se perfila en determinar si la doctrina militar y el ambiente de entrenamiento y operación del Ejército tuvo incidencia en los homicidios por los que fue condenado el señor ARBOLEDA ASPRILLA, esa doctrina y esas prácticas se tornan en el tema de prueba que debe desarrollar la judicatura⁸⁴. Ahora bien, si se tiene que esas prácticas posiblemente pudieron fundamentar tratos crueles, desproporcionados o inhumanos, capaces de influenciar en un soldado para que atente contra su superior, la fuente de valoración de la prueba no puede provenir de las Fuerzas Militares, quienes son su fuente material.

82. Mucho menos puede dejarse su valoración, a propósito de su adecuación a normas relativas al DIDH y DIH, a los propios entes castrenses, como se hace con el contenido de la nota al pie número 44, que extrae del dicho del Centro de Educación Militar del Ejército el juicio de adecuación de la doctrina militar a los parámetros que la obligan. Tampoco se advierte suficiente que los testimonios de los compañeros de filas o los superiores del agente obtengan una descripción adecuada tendiente a definir si la doctrina se ajusta o no a los estándares internacionales.

83. La valoración que se espera, luego de recaudada la evidencia de forma juiciosa a través de fuentes que se muestran imparciales, debe salir de un cotejo serio del contenido de la doctrina revelada, incluyendo aquella que no esté positivizada y los imperativos impuestos por el abanico normativo que debe ser respetado por quienes toman parte de un CANI. Ese ejercicio, como cualquier otro que involucre la actividad judicial, presupone la evaluación de la prueba a partir la sana crítica y las reglas de la experiencia, lo que no aparece plasmado en el fallo de la SA mayoritaria⁸⁵. De la misma manera, debe acudir a medios de prueba que permitan a la Jurisdicción contar con conceptos especializados que faciliten su labor de juzgamiento; a propósito, aparece como fundamental el que se acuda a la prueba pericial arrojada por personas imparciales que conozcan la actividad militar, pero que no tengan compromisos con la institución al interior de la cual se desarrollaron actos de violencia, como tampoco con los hechos particulares respecto de los versa el caso concreto.

⁸⁴ Parra Quijano, Jairo. (2011) Manual de Derecho Probatorio. (18va ed.) Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, pág. 135. *“está constituido por aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso”*

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-202 de 2005 MP Jaime Araujo Rentería *Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador. // iii) El sistema de la sana crítica o persuasión racional, en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.*



El Derecho Internacional Humanitario y la “guerra irregular”

84. Como anoté, en el auto respecto del cual Salvo el voto, la SA mayoritaria, en primer lugar, recurre y reproduce las alusiones que en documentos internos de la FFPP se hace a operaciones, maniobras, tareas o misiones de “*combate irregular*”⁸⁶. Asimismo, la providencia contiene afirmaciones dirigidas a dar contenido de lo que pueda catalogarse como combate regular o irregular⁸⁷.

85. Sobre el uso desprevenido de dichas expresiones, encuentro que, sin una definición unívoca de los términos “*guerra irregular*” o “*combate irregular*”⁸⁸, este se ha empleado como una manera de distinguir ciertos conflictos por el tipo de estrategias, tácticas y armas empleadas, la asimetría en el estatus jurídico y en el poder militar entre las partes, su duración prolongada, la mayor pretensión del desgaste del enemigo a través de operaciones psicológicas y políticas, la ocurrencia de confrontaciones indirectas con impactos sobre la población civil en lugar de enfrentamientos directos en campos de batalla entre cuerpos uniformados, la evasión del uso de distintivos que los reconozca como combatientes -y los distinga de los civiles- y el lazo entre actividades militares y consideraciones políticas, que incluye la pretensión de obtener el aval o simpatía de la población, así pueda comprometer la comisión de conductas que vulneren los derechos de una parte de ella; todas estas, como se observa, acciones que de antemano trastocan la vigencia de los postulados del DIH⁸⁹. Ahora, otra característica que se ha atribuido a esta “irregularidad” ha sido la de su pretensión de *totalidad*, bajo el entendido de los objetivos perseguidos con tales repertorios, como la obtención del

⁸⁶ Síntesis del caso, nota a pie de página No. 2 y párrafos 2, 18, 29 y 38 del Auto respecto del cual Salvo el voto.

⁸⁷ Párrafo 39 del Auto respecto del cual Salvo el voto: “*Los soldados profesionales del Ejército no solo están preparados y formados para desempeñarse en el contexto táctico-militar y son entrenados en diferentes especialidades, como radioperadores, enfermeros, rastreadores entre otras, con el objeto de que puedan desarrollar maniobras y operaciones de combate regular -contra otro Estado- o irregular -contra grupos armados organizados al margen de la ley en el marco de un CANI-, sino que también se les capacita en ética, principios y valores institucionales, así como en el respeto por los derechos humanos y el DIH. Así se desprende del análisis del contenido la doctrina que orienta dichos procesos, como se señaló antes*” (negrilla fuera del texto original). Asimismo, en el párrafo 51 alude a la función de “*combate irregular*” que tendría el pelotón al que pertenecía el solicitante, sin emitir ningún análisis al respecto.

⁸⁸ Stevenson, William; Ecklund, Marshall; Kim; Hun Soo y Billings, Robert. “*Irregular Warfare: Everything yet Nothing*”. En Small Wars Journal, 2008. Disponible en <https://smallwarsjournal.com/blog/journal/docs-temp/150-stevenson.pdf>. Endo, Tetsuya. “*The Conceptual Definition of ‘Irregular Warfare’ and the Today’s International Security Environment*”, intervención en el 16° Foro Internacional sobre Historia de la Guerra, celebrado el 20 de septiembre de 2017 por National Institute for Defense Studies (Japón). Disponible en http://www.nids.mod.go.jp/english/event/forum/pdf/2017/04_endo.pdf.

⁸⁹ Heydte, Friedrich v. d., “*La guerra irregular moderna*”, Eir de Colombia, Bogotá, 1987, págs. 3-7 (tomado de Duque Gómez, Diana, “*Una guerra irregular entre dos ideologías*”. Intermedio Editores, Bogotá, 1991, págs. 93 y 99 a 103): “*Generalmente se entiende por guerra irregular un conflicto armado en el que los destacamentos no son grandes unidades, sino grupos de acción pequeños y más que pequeños, donde el resultado no se decide en unas cuantas grandes batallas, sino que se procura, y en un última instancia se obtiene, en una grande cantidad de pequeñas operaciones, como asaltos, actos de terrorismo y sabotaje, bombazos y otros ataques. La guerra irregular es una ‘guerra desde la oscuridad’. En lugar de una embestida poderosa, hay una multitud de pinchazos no menos peligrosos; en vez de una superioridad de armamento -y por lo tanto, en un sentido más amplio, de una capacidad de fuego- hay superioridad de movimiento, que el enemigo es incapaz de perseguir (...). Es un tipo especial de guerra, en el que al menos una de las partes en guerra emplea ciertos métodos con todo el poderío de que dispone, con el objetivo de agotar al enemigo y desgastarlo internamente de tal forma que, a la larga, a resultas del debilitamiento progresivo no sólo de sus fuerzas físicas sino también psicológicas, sea incapaz de una clara voluntad política y militar y, por eso, incapaz de actuar (...)*”. Cuadra Lacayo, Joaquín, “*El derecho internacional humanitario y la guerra irregular: Lecciones aprendidas en Latinoamérica*”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 156, Diciembre, Ginebra, 2000. Frésard, Jean-Jacques y Muñoz Rojas, Daniel. “*El comportamiento en la guerra*”, en *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 853, 2004 (RBW Study). Disponible en http://www.redcross.int/ES/mag/magazine2004_2/24-25.html.

poder o el cambio de un régimen político, lo que no sólo agrega un trasfondo político a la contienda sobre una naturaleza estrictamente militar -y por eso en ocasiones se asimila como referencia a los conflictos armados no internacionales bajo tal denominación⁹⁰-, sino que también se dirigen a una suerte de justificación sobre la gravedad de algunas de esas conductas.

86. El problema con el carácter “irregular” que se ha querido dar a los conflictos bélicos que involucran a grupos armados no estatales, en los términos expuestos, reside en su empleo dialéctico para sostener una suerte de posibilidad de relativización en la distinción entre combatientes y no combatientes, en tanto la determinación del “enemigo” se hace porosa -ya no estrictamente militar sino también enemigo político o público como evidencia el DIDH- y que bajo ese entendido puede vincular el accionar y la identidad de un grupo armado con sectores de la población civil⁹¹. Relacionado con lo anterior es el recurso de dicha “irregularidad” por parte de los Estados para adoptar estrategias que colindan o directamente desconocen las reglas del DIH a través de medios y métodos ilícitos -dentro de los que pueden estar la formación, colaboración o auspicio de grupos paramilitares-⁹², y la justificación de su empleo y de los resultados que ellos provoquen, lo que claramente involucra un cuestionamiento a los principios del DIH, todo ello acudiendo a una supuesta razón de Estado o a la “necesidad militar”⁹³ de romper con las acciones que la insurgencia dirija en aras de un apoyo social o político entre la población civil⁹⁴.

87. Por otro lado, como mencionaba, la denominación “irregular” también suele usarse para calificar a un CANI, extendiendo el carácter que atribuye a los grupos

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ Duque Gómez, D. *Op. Cit.* pág. 97. “En la guerra irregular todos los habitantes de un Estado son potencialmente combatientes. En todo su campo de operaciones, es decir, en todo el territorio del país, el guerrillero no reconoce a nadie como ajeno a la guerra; para él no hay nadie neutral: quien no lo apoye, está contra él”.

⁹² Zelik, Raúl. “La Guerra Asimétrica. Una lectura crítica de la transformación de las doctrinas militares occidentales”. En *Estudios Políticos*, 39, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2011.

⁹³ A propósito de la referencia que en la providencia se hace sobre una de las afirmaciones del recurrente, en el sentido de que una de las víctimas de las conductas implícitamente habría amenazado su vida durante un “ejercicio de formación”, con alusiones al libro “El arte de la guerra” de Sun Tzu, y que la SA mayoritaria minimiza como un simple acto de violencia en el trabajo y, luego, de “un hecho de índole estrictamente personal” (párrs. 49 a 52 del Auto respecto del cual Salvo el voto).

⁹⁴ A modo de ejemplo, United States of America - Secretary of Defense, “Irregular Warfare (IW). Joint Operation Concept”, Versión 1.0, 2007 (disponible en <https://fas.org/irp/doddir/dod/iw-joc.pdf>), pág. 17: “The United States and its partners are likely to face state and non-state adversaries in protracted struggles for popular support and legitimacy. **Future conflicts will likely be fought amongst the people, limiting the utility of conventional applications of military power.** This problem will be exacerbated by the increasing number of hostile states armed with weapons of mass destruction and sophisticated anti-access capabilities that may preclude direct military options. **These situations will therefore require or favor an irregular military approach of using indirect and often nonconventional methods and means to achieve US strategic objectives**” (negrilla fuera del texto original). Igualmente, Franco, Vilma Liliana. “Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral”. En *Estudios Políticos*, ISSN 0121-5167, ISSN-e 2462-8433, N°. 19, 2001 (Ejemplar dedicado a: Terrorismo, conflicto interno, medios de comunicación), págs. 37-67. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5263618>. Asimismo, Schmitt, Carl. “El concepto de lo político”. Referenciado por Franco, Vilma Liliana. *Op. Cit.*, págs. 41 y 42. En un sentido opuesto, ver Giraldo Moreno, Javier (S.J.), “Conflicto y Derecho Internacional Humanitario en Colombia. Exposición en el Seminario Internacional sobre Colombia, Conflicto y Derecho Internacional Humanitario, realizado en la Universidad Carlos III de Madrid, España, del 25 al 27 de marzo de 2009”. Disponible en <https://www.nocheyniebla.org/wp-content/uploads/u1/comun/conflictoyDIH.pdf>.



armados que no pertenecen al Estado⁹⁵, algunas veces, también otorgando tal calidad a las acciones bélicas provenientes de grupos pertenecientes a culturas distintas a la occidental, como si el empleo de la violencia fuera una prerrogativa exclusiva de ciertas sociedades y si su origen la eximiera de su crueldad⁹⁶.

88. No obstante, es problemático tal empleo en tanto, si se aduce la ilegalidad de tales agrupaciones, en contraposición de las fuerzas armadas de las Altas Partes contratantes en el DIH, hablar de “*guerra irregular*” supondría referirse a un conflicto en donde no hay ley que vigile y restrinja los medios y métodos empleados en ella. Esto también es falso y, para ello, existe una vasta regulación convencional y consuetudinaria que aplica y debe regir sobre los CANI, siendo su base el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II a dichos Convenios.

89. Siendo así, referirse y replicar la expresión “*guerra irregular*”, o similares, conlleva contemplar que conflictos armados como el colombiano se sustraigan parcial o totalmente de la aplicación del DIH, ya por la relativización de su rigor -como podría ocurrir con los principios de distinción, proporcionalidad y precaución- o por considerar que sus complejidades le exonera de controles. Por el contrario, las exigencias que para la justicia surgen a partir de las dinámicas de los CANI imponen el deber de una regulación que contenga las atrocidades que en ellos acontecen, necesidad colmada por el DIH⁹⁷, e incluso por la vigencia del DIDH aún en situaciones de conflicto armado⁹⁸.

90. En ocasiones anteriores⁹⁹ me he referido a posturas consignadas en algunas de las providencias de la SA mayoritaria y cómo estas pueden comprometer tanto la vigencia y exigibilidad de las normas del DIH, como su alcance e interpretación autorizado y consolidado a nivel internacional. Por ello, preocupa que la reproducción de categorías relativas al objeto del DIH más no acogidas por este, a través de casos difíciles sobre la vinculación de una conducta con el CANI, alimente una relativización del derecho internacional de los conflictos armados en su aplicación a través de las decisiones de la JEP.

⁹⁵ Ver, por ejemplo, Valencia Villa, Alejandro. “*Derecho internacional humanitario Conceptos básicos Infracciones en el conflicto armado colombiano*” (segunda edición actualizada, enero de 2013). Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. ISBN 978-958-8558-19-6. pág. 164: “*En la medida en que el derecho de los conflictos armados regula todo tipo de guerras, trátase de regulares o irregulares, quienes participan en estas últimas son conocidos bajo la denominación de guerrilleros*”. Este uso es adoptado por la Sección mayoritaria en el Auto respecto del cual Salvo el voto (párrs. 39 y 51).

⁹⁶ White, Jeffrey B. “*Some thoughts on Irregular Warfare. A different kind of threat*”. En *Studies in Intelligence* (de Center for the Study of Intelligence) Volume 39, Number 5, 1996. Disponible en <https://www.cia.gov/library/center-for-the-study-of-intelligence/csi-publications/csi-studies/studies/96unclass/irregular.htm>. A propósito, Zelik, Raúl. *Op. Cit.*

⁹⁷ Cuadra Lacayo, Joaquín. *Op. Cit.* Frésard, Jean-Jacques y Muñoz Rojas, Daniel. *Op. Cit.* Giraldo Moreno, Javier (S.J.). *Op. Cit.*

⁹⁸ Sobre la complementariedad entre el DIH y el DIDH, ver Sperotto, Federico, “*Counter-Insurgency, Human Rights, and the Law of Armed Conflict*”, en *Human Rights Brief* 17, no. 1 (2009): 19-23. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23527.pdf>

⁹⁹ Votos disidentes de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano a los Autos TP-SA 564 y TP-SA 548 de 2020; TP-SA 155, TP-SA 144 y TP-SA 135 de 2019; y TP-SA 57, TP-SA 56 y TP-SA 20 de 2018, entre otros.

91. El DIH convencional ha consagrado el principio de distinción como uno de sus pilares, a partir del cual se derivan múltiples obligaciones y prohibiciones para las partes en el desarrollo de las hostilidades¹⁰⁰. Una de sus facetas versa sobre la distinción entre personas y bienes que pueden constituirse en objetivo militar, de quienes no cuentan con tal carácter, presumiéndose entonces su calidad de civil y la protección sobre quienes recaiga o no se tenga certeza de no cumplirla¹⁰¹, y siendo aún imperativa la aplicación de los otros principios del DIH, como son la precaución, proporcionalidad, necesidad militar y humanidad¹⁰². Aunado a ello, si bien el Protocolo II no contiene una regulación propia sobre la conducción de las hostilidades, el derecho internacional consuetudinario, así como la práctica de los Estados¹⁰³, ha extendido contenidos del DIH de los conflictos armados internacionales a los no internacionales, como se observa en las normas 14 a 24 y 97, que vinculan estrechamente la distinción entre población y bienes civiles de los objetivos militares, con los principios de proporcionalidad y precaución en el marco de la conducción de las hostilidades, específicamente en la selección y el empleo de medios y métodos de guerra¹⁰⁴, sin establecer clasificaciones entre los mismos conflictos¹⁰⁵. Así lo ha destacado la Corte Constitucional:

[E]s relevante señalar también que aunque el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de especial significación para el caso colombiano, no contiene reglas detalladas sobre la conducción de las hostilidades, esto no quiere decir que la protección de la población y los bienes civiles sea deficiente en este tipo de

¹⁰⁰ El reconocimiento del principio de distinción se observa en múltiples tratados del DIH, como en el artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra, los artículos 43(2), 48, 50, 51(2) y 52(2) del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, en los Protocolos II (art. 3.2), II enmendado (art. 3.7) y III de la Convención sobre ciertas armas convencionales (art. 2.1), Convención de Ottawa sobre la prohibición de minas terrestres antipersonal (preámbulo), así como el Estatuto de Roma (art. 8), sin olvidar el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, como se verá más adelante. Ver Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise. *El derecho internacional consuetudinario. Volumen I: Normas*. CICR, octubre de 2007. Pág. 3 a 8 (Norma 1).

¹⁰¹ Protocolo Adicional I, art. 50 párr. 1. Ver Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *Op. Cit.*, pág. 27.

¹⁰² Melzer, Nils. “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario”. Comité Internacional de la Cruz Roja, diciembre de 2010, pág. 77 y 78.

¹⁰³ Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *Op. Cit.*, pág. 56.

¹⁰⁴ *Ibid.*, págs. 36 y 59 a 89. Igualmente, Melzer, Nils., “International Humanitarian Law. A comprehensive introduction”, International Committee of the Red Cross, agosto de 2016, págs. 100 a 102: “The principle of distinction also entails a duty to prevent erroneous targeting and to avoid or, in any event, minimize the infliction of incidental death, injury and destruction in respect of persons and objects protected against direct attack. Accordingly, IHL requires that, ‘[i]n the conduct of military operations, constant care shall be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects.’ This applies both to the attacking party to the conflict, which must do everything feasible to avoid erroneous targeting or incidental harm as a result of its own operations (precautions in attack), and to the attacked party, which must take all necessary measures to protect the civilian population under its control from the effects of attacks carried out by the enemy (precautions against the effects of attack). When a lawful target is attacked and the infliction of incidental civilian harm cannot be avoided, the permissibility of the attack is subject to the principle of proportionality. [...] It has to be stressed that, during all phases of an attack, the principle of precautions in attack must be applied in conjunction with, but also independently of, the principle of proportionality. In other words, even if the expected incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects is not excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated in the attack, the attacking party must still take all feasible precautions to choose means and methods of warfare that will avoid as much incidental harm to civilians as possible”.

¹⁰⁵ Melzer, Nils. *Op. Cit.* (2010), págs. 77 y 78: “Toda operación militar efectuada en una situación de conflicto armado debe atenerse a las disposiciones aplicables del DIH convencional y consuetudinario que rigen la conducción de las hostilidades. Éstas incluyen las normas que dimanar de los principios de distinción, precaución, y proporcionalidad, así como las prohibiciones de negarse a dar cuartel y de la perfidia. Incluyen también la restricción o la prohibición de ciertas armas y la prohibición de métodos y medios de combate que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios (maux superflus)”.



confrontaciones, pues, como lo consideró esta Corporación en la sentencia anteriormente citada:

“la ausencia de una determinada regla específica en el Protocolo II relativa a la protección a la población civil o a la conducción de las hostilidades no significa, en manera alguna, que el Protocolo esté autorizando tales conductas a las partes enfrentadas. En efecto, las normas de otros convenios de derecho internacional humanitario que sean compatibles con la naturaleza de los conflictos no internacionales se deben, en general, considerar aplicables a los mismos, incluso si ellas no aparecen en el Protocolo II, puesto que - se reitera - las normas codificadas en este campo aparecen como una expresión convencional de principios de *ius cogens* que se entienden automáticamente incorporados al derecho interno colombiano, según lo determinó esta Corporación en anteriores decisiones.”¹⁰⁶

92. Estos mandatos han sido de igual manera reiterados en la jurisprudencia constitucional¹⁰⁷, destacando su armonía plena con la Constitución, especialmente con la protección de la vida, la dignidad y la libertad, que se traduce en la protección de la sociedad civil víctima del conflicto¹⁰⁸; y, por ello, la aplicación del “*régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana*”¹⁰⁹ -que integra el DIH y el DIDH los cuales “*comparten un núcleo común de derechos no suspendibles*” en contextos de conflicto armado- en la investigación y juzgamientos de las violaciones e infracciones de dichas normatividades¹¹⁰. El DIH, así como la jurisprudencia constitucional y penal, hacen parte del catálogo de fuentes normativas que vinculan a las actuaciones y procedimientos a cargo de la JEP, lo que obliga a sus Salas y Secciones a su acatamiento, reforzado por los mandatos que dieron origen al SIVJRNR en la encomiable labor del restablecimiento de los derechos de las víctimas y la consecución de una paz estable y duradera, sin perjuicio de su adaptación a las exigencias propias de la revelación de la dimensionalidad del conflicto armado en nuestro país, pero sin que ello se convierta en una compuerta para el desconocimiento de los estándares y garantías mínimas

¹⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-165 del 7 de marzo de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería, citando a la Sentencia C-574 del 28 de octubre de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

¹⁰⁷ Destacando la deducción de las siguientes reglas: “(1) la prohibición de dirigir ataques contra la población civil, (3) la prohibición de desarrollar acciones orientadas a terrorizar a la población civil, (3) las reglas relativas a la distinción entre bienes civiles y objetivos militares, (4) la prohibición de ataques indiscriminados y de armas de efectos indiscriminados, (5) la prohibición de atacar las condiciones básicas de supervivencia de la población civil, y (6) la prohibición de atacar a las personas puestas fuera de combate” (Corte Constitucional, Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Asimismo, ver las Sentencias C-574 de 1992; C-225 del 18 de mayo de 1995; C-572 del 7 de noviembre de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía y Antonio Martínez Caballero; SU-256 del 21 de abril de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-1206 del 16 de noviembre de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-251 del 11 de abril de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández; T-280A del 27 de mayo de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-281 del 3 de mayo de 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez; y C-082 del 22 de agosto de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.

¹⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1992.

¹¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-084 del 24 de febrero de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

nacionales e internacionales, construidas para la protección de los valores humanos sometidos a las graves conflagraciones que hoy demandan nuestra labor.

Entrenamiento abusivo y conflicto intrafilas como escenario en el CANI.

93. La violencia no es exclusiva de relaciones de poder en estamentos militares, al contrario es una de las más profundas preocupaciones de la vida social, y su ejercicio se evidencia día a día en escenarios laborales ordinarios.

94. La violencia en el lugar de trabajo –sea física o psicológica– se ha convertido en un problema mundial que atraviesa las fronteras, los contextos de laborales y los grupos profesionales. La violencia en el lugar de trabajo –que durante mucho tiempo ha sido una cuestión “olvidada”– ha adquirido una enorme importancia en los últimos años y en la actualidad es una preocupación prioritaria tanto en los países industrializados como en los países en desarrollo. La violencia laboral afecta a la dignidad de millones de personas en todo el mundo. Es una importante fuente de desigualdad, discriminación, estigmatización y conflicto en el trabajo. Cada vez más, es un problema capital de derechos humanos. Al mismo tiempo, aparece como una amenaza grave, y a veces letal, contra la eficiencia y el éxito de las Organizaciones, causa perturbaciones inmediatas, y en ocasiones, de largo plazo, de las relaciones entre las personas, de la organización del trabajo y de todo el entorno laboral¹¹¹. Por ello, no puede ser entendida como algo extraordinario o excepcional, sino como un fenómeno transversal a la vida de las personas, mucho más respecto de aquellas sometidas a un CANI.

95. Los militares se encuentran en una situación particular en que su autonomía se reduce en aras de fortalecer la disciplina y correcta operación de la fuerza, para convertirla de ese modo en un aparato de guerra.¹¹² La sumisión es tal que “[d]emandar explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden, reconvección u observación, en ejecución o conducción de operaciones militares”, se encuentra tipificado como constitutivo de falta gravísima por el artículo 18 del Código Disciplinario Militar, Ley 1862 de 2017.

96. Los ataques contra la integridad o la vida de un superior pueden ser la respuesta a una serie de actos violentos sufridos previamente. La forma en que se ejerce el entrenamiento militar está trazada por actitudes recias y hostiles, que implican el ejercicio de grados de violencia que podrían llegar a implicar vulneraciones a los derechos humanos de quien lo sufre, y que suelen intentar justificarse por la necesidad de inculcar en la unidad militar una serie de características valoradas en el campo de batalla.

¹¹¹ Organización Internacional del Trabajo. *Directrices marco para afrontar la violencia laboral en el sector de la salud* (2002)

¹¹² Disciplina de cuerpo: Pleno acatamiento a las órdenes y deberes impartidos para alcanzar los fines de la Institución militar.



97. La censura a la actitud crítica así como al cuestionamiento y la duda como fundamento del avance intelectual del ser humano, a la que se suman tratos reprimen profundamente los sentimientos de quien la vive, pueden llegar a derivar en una condición mental que se ve exacerbada con la vivencia del CANI como una cotidianidad. Entonces un acto de violencia intrafilas, cuando se desarrolla desde un subordinado hacia su superior puede estar potencialmente vinculado al CANI, si puede ser explicado en virtud del ejercicio abusivo o exacerbado de dicha relación de poder. Por su parte, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, el CANI determina que se tomen ciertas decisiones o maximicen precauciones en la vida militar aun en situaciones en que no se estén desarrollando hostilidades.¹¹³ Esto implica que los efectos del CANI se extienden la vida cotidiana de cada uno de los involucrados en él.

98. Visto lo anterior, la prueba para relacionar una conducta como la que estudió la SA con el CANI, debe dirigirse a si, en el caso concreto, la actitud hostil del superior hacia el actor se vio determinada o exacerbada por la vivencia de ese fenómeno y esta a su vez constituyó el fundamento del desafortunado ataque. Esto es si el CANI determinó al superior para ejercer mayores niveles de violencia en la persona a su cargo, convencido de la necesidad de infundir mayor coraje o agresividad hacia el enemigo, lo cual, resultó en una consecuencia adversa e inesperada.

99. Igualmente habría de dirigirse a establecer si el CANI influyó al autor para que dirigiera un ataque mortal contra su superior, como lo planteó el solicitante, por la dirección inadecuada de la actividad o porque su imaginario varió hacia considerarlo como su propio enemigo.

100. Para contribuir con este debate, es pertinente señalar que en decisiones previas de la JEP se ha puesto en discusión el vínculo, por un lado, entre la regulación social y el acondicionamiento que reciben los integrantes de un grupo armado, y por el otro, las razones y objetivos de su participación en el CANI¹¹⁴. Sin embargo, en el caso del señor Arboleda Asprilla, la SA mayoritaria se abstiene de profundizar en lo planteado por el

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia C 431 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Consideración 11. *“Es innecesario destacar que por la misión que cumplen las Fuerzas Militares y por sus funciones de defensa de la soberanía nacional y del orden constitucional (C.P. Art.217) resulta particularmente inadecuado el consumo inmoderado de drogas estupefacientes o de bebidas alcohólicas por sus miembros, no solamente cuando permanecen dentro de las instalaciones militares, sino más allá de este ámbito espacial cuando dicho consumo, aun llevado a cabo externamente, los pone en situación de pérdida, disminución o perturbación transitoria de las facultades cognitivas y sensoriales en el momento de prestar el servicio o de ejercer sus funciones. La aludida pérdida, disminución o perturbación transitoria de las facultades cognitivas y sensoriales que deviene de este consumo indica que resulta irrazonable pretender cumplir la alta misión encomendada al Ejército, la Armada Nacional o la Fuerza Aérea y simultáneamente autorizar al personal militar la prestación del servicio activo o el cumplimiento de funciones bajo el efecto del consumo de tales substancias. Recuérdese que para lograr esta misión constitucional los militares están no sólo autorizados, sino también obligados a utilizar armas y equipos con gran potencialidad destructora y letal, a conducir naves y aeronaves, y en general a ejercer actividades altamente peligrosas que requieren de la plena capacidad cognoscitiva y sensorial de quienes las llevan a cabo. Más aún en circunstancias de conflicto interno armado, como aquellas por cuales infortunadamente transita la Nación, en las cuales existe la posibilidad de que las instalaciones castrenses sean atacadas intempestivamente y sea necesario repeler hostigamientos de diversa índole, dirigidos no sólo en contra de la Fuerza Pública, sino en ocasiones contra la misma población civil que debe ser protegida por los militares.”* (Negrilla fuera del texto)

¹¹⁴ Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-LC-XBM-046 del 25 de febrero de 2019.

interesado, esto es, que la formación recibida al interior de un pelotón destinado al combate “irregular” fue determinante en la conducta cometida, hipótesis a la cual adscribe presiones y maltratos psicológicos recibidos por parte de la víctima.

101. Contrario a este silencio, considero que a la Sección correspondía surtir un análisis juicioso del posible vínculo entre aparentes conflictos intrafilas y el CANI. Al respecto, es pertinente retornar a lo expuesto sobre lo que se ha denominado “*guerra o combate irregular*”, de nuevo, no con el ánimo de reproducir formulaciones no sólo ajenas sino revisionistas de la exigibilidad del DIH en toda clase de conflictos armados internacionales y no internaciones, sino con el fin de extraer de dichas posturas sus repercusiones en los comportamientos al interior de los grupos armados y, con ello, evaluar la relación ya planteada.

102. Como se expuso, el recurso a una supuesta “irregularidad” en la confrontación apareja la tesis de la existencia del enemigo como un ente difuso, indistinguible, oculto, que recurre a la invisibilidad como arma para evadir encuentros cercanos ante posiciones asimétricas respecto del potencial armado del adversario. Lo anterior, se arguye, haría parte de nuevos escenarios de batalla, que ya no son los propios del espacio abierto, sino del empleo de concentraciones de población. Finalmente, se sostiene que este tipo de conflictos tienen un mayor trasfondo político que militar, lo que se deriva e implica que las partes en contienda pretenden la consecución del apoyo de la población por lo que, entre otros recursos, actúan al interior de ella y, por ello, la ubicación del enemigo se hace indistinguible. En suma, se aduciría que el alcance de principios del DIH como la distinción, la proporcionalidad y la precaución debe ser revaluado en tales escenarios¹¹⁵.

103. Encuentro que lo expuesto cuenta con una idea común con la hipótesis de la violencia intrafilas como escenario del CANI: la instrucción psicológica al interior de las filas encaminada a la construcción del concepto del enemigo oculto, su actuar evasivo y su cuasi omnipresencia, incluso posible al interior de su nicho poblacional¹¹⁶.

¹¹⁵ Alzate Mora, Ruben Darío (Brigadier, Colombia). “La definición de la victoria en las guerras simétricas y asimétricas”. *Military Review* (Enero-Febrero 2012). Disponible en https://www.armyupress.army.mil/Portals/7/military-review/Archives/Spanish/MilitaryReview_20120229_art009SPA.pdf, pág 54: “El uso de tácticas insurgentes, se presenta como consecuencia de la necesidad de hacer irrelevante el poder militar del bando más fuerte; para ello, se busca ‘el colapso del enemigo en su retaguardia civil, no en el frente militar’ (cita omitida). Esta primera aproximación, pone de relieve la importancia que tiene la población en este tipo de guerra, razón por la que el factor político empieza a cobrar mayor visibilidad en la definición de la victoria. En consecuencia, ‘la victoria no se logra con la destrucción del enemigo; no podemos definir positiva o negativamente la victoria en contra de una insurgencia’ (cita omitida), ya que se configura una ‘situación en la que la frontera clásica entre guerra y paz se difumina, hasta el punto de ser difícil de determinar. Los contornos del campo de batalla resultan imprecisos, sin ‘frentes identificables’, y la distinción entre ‘civiles’ y ‘militares’ se torna muy tenue” (cita omitida).

¹¹⁶ Donoso Rodríguez, Daniel (coord.), “*Psicología en las Fuerzas Armadas*”, España - Ministerio de Defensa, 2012, Capítulo 34 (*Modelo operativo de potencial psicológico de combate. ¿Puede ser de utilidad en el análisis de un conflicto asimétrico?*), págs. 835 y 836: “Actualmente, la nueva dimensión de los conflictos y el surgimiento generalizado del ‘conflicto asimétrico’, donde la superioridad armamentística se diluye ante la incertidumbre de batir a un enemigo difuso que no presenta batalla pero que está permanentemente presente, puede suponer el resurgimiento del factor humano como elemento decisivo en la capacidad operativa de las Unidades. Pero ahora el aspecto determinante de ese factor humano no reside en la superioridad técnica o táctica del soldado. Hoy, el terreno donde se está librando la batalla es el psicológico, pues se somete al combatiente a nuevas presiones y a un desgaste emocional desconocido en el pasado. Para comprender este punto, es preciso tener en cuenta un factor decisivo: el desfase cognitivo y emocional a que está sometido el combatiente con respecto a su



Esto, junto con la dureza propia de la formación militar; los niveles de obediencia, convicción y fidelidad que esta conlleva, y si se agrega una situación de maltrato laboral que amenace con la vida y la integridad, puede llegar a evidenciar ese nexo en principio imperceptible entre lo que ocurra al interior de las agrupaciones armadas y la confrontación externa con el adversario, haciendo relativo lo inscrito en normas y manuales cuando de por medio están los factores señalados¹¹⁷.

104. La JEP debe verificar si este particular adoctrinamiento de la concepción del enemigo acechante y oculto no sería ajeno a las fuentes teóricas que en la historia de la doctrina militar se habría presentado en nuestro país, incluyendo conjeturas sobre la “*guerra psicológica*” y el control o amoldamiento de las facetas comportamentales del soldado, en procura de “prepararlo” en su lucha contra el adversario “irregular” en distintos escenarios y en cualquier contexto¹¹⁸.

105. Retornando a la situación del señor Arboleda Asprilla, se observa que las razones aducidas para vincular la conducta -y sus antecedentes- con el CANI, no sólo no son contrarias a la lógica, sino que presenten una hipótesis que no se aleja de los preceptos señalados sobre la concepción de la “*guerra irregular*” y cómo estos pueden irradiar en la formación multidisciplinar que pueden llegar a recibir los miembros de los grupos armados. Por lo tanto, se insiste en que es erróneo recurrir a formulaciones como el denominado “*modelo cultural cognitivo*”, o acudir a la doctrina militar para, a partir de ella, dar por sentada una realidad interna ajena a las presiones sociales, culturales,

propia sociedad civil de origen. [...] Cuando este soldado es desplazado miles de kilómetros a una Zona de Operaciones (ZO) en el marco de un ‘conflicto asimétrico’, en un contexto cultural, climático y social absolutamente diferente al de su procedencia, donde permanece por periodos prolongados de tiempo con exposición a unas condiciones personales de alto desgaste y a la convivencia cotidiana con las calamidades de la guerra y la muerte, puede sufrir un impacto psicológico que puede llegar a minar tanto su rendimiento y operatividad en [Zona de operaciones], como su reintegración a la vida cotidiana una vez de regreso a Territorio Nacional. A pesar de su alto nivel de adiestramiento y su superioridad técnica, puede ser ‘derrotado psicológicamente’ y centrar sus actuaciones en la idea obsesiva de volver a casa, en muchos casos y, en otros, en la desadaptación social que experimentan al regresar a un entorno con el que no pueden compartir sus vivencias y emociones. [...] Así, si en la historia de la guerra convencional la victoria se alcanzaba al minar la capacidad militar y económica del adversario, en el conflicto asimétrico la victoria solo puede alcanzarse realmente cuando se ataca, se anula y se transforme el potencial psicológico del adversario” (negritas fuera del texto original).

¹¹⁷ *Ibíd.*, Capítulo 35 (El fortalecimiento psicológico en la preparación de la fuerza, previo a su envío a zona de operaciones. Contribución de la psicología militar a la gestión de la respuesta de estrés en operaciones militares), págs. 871 a 873: “Como se está llevando a cabo ya en los países de nuestro entorno, es necesario considerar el impacto psicológico que puede tener sobre el personal, tanto la exposición a situaciones de alto nivel de estrés durante intervalos de tiempo prolongados, como la vivencia directa o referida de determinados sucesos que podemos denominar ‘Eventos Críticos’ (EC), analizando su repercusión tanto en lo que respecta al rendimiento y operatividad en ZO, como en su reintegración a la vida cotidiana una vez de regreso a [Territorio Nacional]. [...] Algunos de los elementos que parecen incrementar la probabilidad de riesgo de psicopatología en la proyección a ZO y reincorporación a TN son: **larga exposición y severidad de los estresores de las operaciones y combate, historia previa de eventos traumáticos, problemas anteriores psicopatológicos, abuso/dependencia de sustancias y carencias en indicadores de moral de Unidad** (confianza en el mando, confianza en la Unidad, confianza en los medios materiales, confianza en sí mismo, cohesión, convicciones personales, apoyo social, **condiciones de trabajo**)” (negritas fuera del texto original).

¹¹⁸ Zelik, Raúl. “La Guerra Asimétrica. Una lectura crítica de la transformación de las doctrinas militares occidentales”. En *Estudios Políticos*, 39, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2011, págs. 168-195: “Si se analizan los manuales antisubversivos empleados por los militares colombianos entre 1962 y 1987 (Cf. Noche y Niebla, 2004, pp. 18-22; Zelik, 2009, pp. 84-88), se puede apreciar rápidamente cuán profundo era el cambio de mentalidad que se quería provocar en los soldados. Estos eran entrenados para actuar simultáneamente en los ámbitos policial, político, económico, psicológico, militar y de inteligencia. En tal sentido se puede leer en el manual del ejército colombiano de 1987: **La conquista de la mente del hombre, el control de sus actividades, el mejoramiento de su nivel de vida y su organización para defenderse contra amenazas, son respectivamente los objetivos de las operaciones psicológicas, de control, de acción cívica y de organización que se desarrollan a través de todas las fases de contraguerrilla**” (negritas fuera del texto original).

políticas y psicológicas propias de sociedades en conflicto; en lugar de, bajo el mandato de ser la Jurisdicción que contribuya a la satisfacción de los derechos de las víctimas y a la consecución de una paz estable y duradera, auscultar en lo que pueden ser escenarios e impactos desconocidos del conflicto armado, como sería el propio del interior de las filas armadas, en procura del retorno a una sociedad de paz, a la cual también tiene derecho quienes participaron en ella.

IV- LA SOLUCIÓN QUE DEBIÓ DARSE AL CASO

106. Desde mi perspectiva, hay una cuestión insoslayable que debió animar a la Sección mayoritaria a tomar una decisión diferente. Considero que no era posible tomar una determinación sobre la impugnación presentada por el señor ARBOLEDA ASPRILLA, ante la evidente insuficiencia de elementos materiales probatorios que permitieran edificar una decisión judicial sobre el asunto. En virtud de ello, la SA mayoritaria debió analizar el defecto procesal en el que incurrió la Sala de Justicia y proceder a la devolución del expediente para el perfeccionamiento del trámite con el recaudo probatorio que le permitiera establecer los hechos jurídicamente relevantes y la participación en los mismos por parte del solicitante, hecho lo anterior, tomar la decisión correspondiente, pues le era exigible a la Sala desde la órbita de su competencia completar el trámite procesal.

107. Es de allí donde radica mi objeción a la decisión tomada, pues no es acertado que la Sección de Apelación se abrogue competencias no asignadas a ella, como es el decreto y práctica de pruebas, por un lado, para perfeccionar un procedimiento que no le corresponde, y por otro lado, porque con este actuar procesal se vulneró por completo la garantía superlativa del debido proceso como expuse en acápites anteriores para los sujetos procesales e intervinientes especiales. Por las mismas razones, considero que los fundamentos señalados en la decisión, debieron ser del resorte del *a quo* y no del *ad quem*, ello porque, es allí donde debería partir el debate jurídico planteado, que dicho sea de paso, es totalmente desconocido por el magistrado de primera instancia, restando la oportunidad a las partes, para controvertir, alegar y recurrir en caso de inconformidad.

108. Pero además de ello, es importante resaltar que con las decisiones tomadas en este orden por la SA mayoritaria, se sigue coartando la posibilidad de la participación integral de los sujetos procesales e intervinientes especiales desde el inicio del procedimiento transicional, en tanto el ideario de la JEP debe ser el de coadyuvar en la reconstrucción del país a través de la materialización de los derechos a la verdad, a la justicia y la reparación integral, que competen a la sociedad entera. Las víctimas y los procesados, bajo la comprensión ética que impone la Constitución y el Derecho internacional, no deben ser nunca transformados de personas en objetos.



Así, en los términos expuestos, de manera respetuosa, dejo consignados los motivos por los que salvo mi voto.

Con toda consideración,

[Documento suscrito con firma escaneada]

SANDRA GAMBOA RUBIANO
Magistrada