

REFLEXIÓN INFORMADA
7-2022

La prueba en
la Jurisdicción
Especial
para la Paz

Kai Ambos
Andrea Planchadell Gargallo
Christa M. Madrid Boquín



Autores/investigadores

Prof. Dr. Kai Ambos

Catedrático de Derecho Penal, Proceso Penal, Derecho Comparado, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Público de la Georg August Universität Göttingen (Alemania). Magistrado Kosovo Specialist Chambers, La Haya, Países Bajos. Amicus curiae Jurisdicción Especial de la Paz.

Prof. Dra. Andrea Planchadell Gargallo

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad Jaume I (España). Vocal permanente de la Sección de Derecho Procesal de la Comisión General de Codificación. Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Castellón

Dra. Christa M. Madrid Boquín

Profesora Ayudante Doctora de la Universidad Jaume I (España)

Esta Reflexión Informada fue apoyada y patrocinada

por el Instituto Colombo-Alemán para la Paz - CAPAZ, a través del proyecto "Estabilización del proceso de paz en Colombia por medio de justicia, verdad y protección de derechos humanos.

Coordinación editorial

María del Pilar López Patiño

AltaVoz Editores

www.altavoz.com.co

Diagramación

Alexandra Rincón Niño

AltaVoz Editores

www.altavoz.com.co

Diseño

Leonardo Fernández

Foto portada y contraportada

pixabay.com

Esta obra está bajo la licencia Creative Commons

Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

Abstract

En el presente estudio se analiza la principal temática probatoria que emana de la jurisprudencia de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). La particular naturaleza de la JEP como órgano jurisdiccional especial y transicional será determinante en la configuración de aspectos tales como la normativa aplicable al procedimiento probatorio, las facultades probatorias de los magistrados, la aplicación de diferentes estándares probatorios según la fase procesal, el cumplimiento de los principios constitucionales relacionados con la prueba y la definición de la carga de la prueba. El estudio parte de un análisis detallado de la jurisprudencia de la JEP en la materia (infra I.), para así desarrollar una aproximación crítica, tomando en cuenta doctrina relevante (II.). El estudio concluye con una serie de observaciones finales.

Palabras clave

Jurisdicción Especial para la Paz, justicia transicional, Derecho (procesal) penal internacional, estándares probatorios, principios probatorios, valoración y carga de la prueba.

Tabla de contenido

Lista de siglas y abreviaturas **p.4**

Resumen ejecutivo **p.5**

Introducción **p.8**

I. Tratamiento de la prueba en la jurisprudencia de la JEP **p.10**

1. Valoración de la prueba y estándar probatorio **p.10**
 - (a) La aplicación de un triple estándar probatorio **p.10**
 - (b) La determinación del estándar probatorio concreto **p.11**
2. Principios probatorios aplicados **p.15**

II. Aproximación crítica del tratamiento de la prueba en la jurisprudencia de la JEP **p.19**

1. Sobre la necesidad de crear una jurisdicción y procesos especiales **p.19**
2. Las facultades materiales y procesales de dirección del proceso **p.21**
3. Aplicación de los principios probatorios **p.22**
4. Objeto, tema y carga de la prueba **p.26**
5. El recurso a los “estándares probatorios” **p.28**
 - (a) Consideraciones generales **p.28**
 - (b) Aplicación por la JEP **p.30**

Conclusiones **p.32**

Bibliografía **p.36**

Jurisprudencia **p.42**

Leyes y normas colombianas **p.44**

Lista de siglas y abreviaturas

AFP	Acuerdo Final para la Paz
CC	Corte Constitucional
CEV	Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición
CPC	Constitución Política de Colombia
CPI	Corte Penal Internacional
CPP	Código Procesal Penal
ER	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz
JT	Justicia Transicional
LC	Libertad Condicional / Libertad Condicionada
OACP	Oficina del Alto Comisionado para la Paz
SA	Sala de Apelación (del Tribunal para la Paz)
SAI	Sala de Amnistía o Indulto
SIVJRN	Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición
SRVR	Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas
UIA	Unidad de Investigación y Acusación

Resumen ejecutivo

1. En cuanto al *tratamiento de la prueba en la jurisprudencia de la JEP*, este estudio identifica dos subtemas: primero, la valoración de la prueba y el estándar probatorio y, segundo, los principios probatorios aplicados.

- a. En cuanto al primer tema vemos que un elemento fundamental es el establecimiento de un *triple estándar probatorio* referido a la valoración de la prueba y al grado de convencimiento que deben alcanzar los magistrados de las diferentes salas y secciones para tomar sus decisiones en relación con la determinación de la competencia de la JEP. En ese evento, el estándar probatorio se verá determinado por las pruebas efectivamente disponibles, por el momento o fase procesal en que deba dictarse la resolución y por el tipo de decisión que deba tomarse.

En relación con el conflicto, para la determinación de la competencia el estándar probatorio tiene tres niveles de intensidad, relativos a cada momento procesal: mínimo (intensidad baja), aceptable (intensidad media) y exhaustivo (intensidad alta). El test de intensidad baja o leve rige al momento de decidir sobre la competencia de la JEP y busca maximizar las probabilidades de que quien busca someterse a la JEP y favorecerse de sus beneficios, contribuya eficazmente a aumentar la verdad plena y la consecuente restauración de los derechos de las víctimas. Por su parte, el test de intensidad media corresponde al examen que debe hacerse al momento de determinar la competencia para la concesión o no de un beneficio de libertad temporal o provisional. Finalmente, el test de intensidad alta, atañe a la decisión sobre los beneficios penales definitivos propios del SIVJRNR e implica un estándar probatorio mayor respecto de la relación de la conducta con el conflicto armado interno. Otro aspecto en el cual la JEP ha señalado un estándar probatorio especial es en la determinación de hechos y de conductas. En los tres autos de determinación de hechos y de conductas proferidos hasta el momento (019, 125 y 128 de 2021) se ha adoptado el contemplado en el literal h del artículo 79 de la Ley 1957 de 2019 que exige la existencia de “*bases suficientes para entender que la conducta existió, que la persona mencionada participó y que la conducta corresponde a tipos penales no amnistiables*”.

- b. Con respeto a los *principios probatorios*, este estudio analiza el reconocimiento y la aplicación de determinados principios y criterios cuya finalidad es la de regular la actividad probatoria.

En primer lugar, cabe destacar el papel que cumple el juez transicional, quien tiene las facultades necesarias para ordenar las *pruebas de oficio* que considere pertinentes, útiles y necesarias. La labor de los magistrados de la JEP no se reduce a la contrastación formal y pasiva de los asuntos puestos a su consideración, sino que tienen la obligación de recabar las pruebas necesarias para esclarecer la verdad de lo sucedido, con base en la centralidad de las víctimas y los objetivos del SIVJRNR.

En segundo lugar, encontramos el *principio de conducencia probatoria*, que vincula la aducción de ciertos hechos con determinado tipo de prueba.

En tercer lugar, está el *principio de conexidad contributiva*, cuya aplicación ayuda a valorar la participación concreta del sujeto en las actividades del grupo armado y la conexión entre los hechos y el conflicto.

En cuarto lugar, destaca el *principio de libertad probatoria*, de acuerdo con el cual los hechos y circunstancias de las investigaciones se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en la legislación y jurisprudencia colombiana.

2. La segunda parte del estudio ofrece una *aproximación crítica* a la jurisprudencia analizada.



- a. En primer lugar, nos preguntamos, de modo más general, si la *creación de una jurisdicción especial* es la única manera de confrontar los crímenes cometidos.

La creación de la JEP, dimanante del Acuerdo Final de Paz, se concibió como una medida que ayudará a alcanzar la paz social duradera, con importante incidencia en la reparación y satisfacción de los derechos de las víctimas. La especialidad de esta jurisdicción se basa en una serie de características, entre las cuales destacamos: (1) El papel protagónico de las víctimas del conflicto armado interno; (2) la posibilidad de reconocimiento de responsabilidad por parte del victimario; (3) La configuración específica del principio de oportunidad, en virtud del cual se realiza una priorización y selección de casos; y (4) la competencia de la JEP, que aun siendo transitoria le permite actuar de forma independiente, autónoma y preferente.

Así pues, podemos afirmar que estamos ante una jurisdicción *sui generis*, que responde a los parámetros de la justicia penal internacional, pero que también es un órgano de justicia transicional. La instauración de la JEP conlleva unas claras ventajas, entre ellas su especialización y la posibilidad de dar un tratamiento uniforme a los casos sometidos a su competencia.

- b. Respecto de las *facultades materiales y procesales de dirección del proceso* partimos del hecho que, en el marco de la JEP, se prevén a favor del juez facultades similares a las que se otorgan al juez ordinario, en particular la posibilidad de ordenar pruebas de oficio. La Ley 1922 de 2018 permite a los Magistrados de la JEP la recolección de elementos probatorios a través de la UIA y la Policía Judicial, contemplándose esta como una modalidad específica de prueba (arts. 17 y 19). No obstante, las resoluciones analizadas en el informe advierten que dicha facultad, en los casos del procedimiento adversarial, al contrario que en los supuestos en que se produce reconocimiento de responsabilidad, debe considerarse excepcional y sin perjuicio de la iniciativa probatoria de las partes, debiendo ejercerse siempre con respeto a los principios de razonabilidad y de diligencia debida, así como del derecho al debido proceso.
- c. En cuanto a la *aplicación de los principios probatorios* es importante destacar que, pese a tratarse de un tribunal especial y transicional, la JEP ha sido regulada dentro del marco de la CPC y, por tanto, deberán respetarse en su seno las garantías y principios procesales constitucionales. Entre estos, destaca el derecho a la prueba y el principio de libertad probatoria. Este último se encuentra delimitado por: (1) el principio de conducencia de la prueba; (2) las limitaciones que se establecen para el uso de la prueba de contexto; (3) algunas matizaciones al principio de permanencia de la prueba.

Otra garantía procesal esencial es la presunción de inocencia, destacando que en los procedimientos con reconocimiento de la verdad y responsabilidad, el compareciente sigue siendo titular de este derecho, aun cuando haya aceptado el compromiso de colaborar en la reconstrucción de la verdad.

- d. Como la Ley 1922 de 2018 no regula expresamente el *objeto, tema y carga de la prueba*, se aplicará la regulación ordinaria de los mismos, conforme a la cláusula normativa establecida en el artículo 72 de dicha Ley. Sin embargo, no existe una total precisión sobre la normatividad aplicable, ya que no hay una regulación ordinaria similar que señale qué disposiciones serían aplicables en aquellas fases o procesos especiales en los que se dé el reconocimiento de responsabilidad.

Concretamente, la carga de la prueba debe ponerse en relación con el tipo de procedimiento que se celebre. Por un lado, cuando el procedimiento se realiza con reconocimiento de responsabilidad, la confesión del compareciente no puede conllevar automáticamente la determinación de su responsabilidad penal, sino que deberá contrastarse con los demás elementos probatorios e informes que consten en el proceso. Por otro lado, en los procesos que se realicen en ausencia de reconocimiento de la verdad, se aplicarán las reglas usuales de la carga de la prueba, establecidas en la legislación procesal penal ordinaria, recayendo la carga de la prueba en la parte acusadora.

- e. Los estándares probatorios aplicados por la JEP combinan elementos del *Common Law* y del *Civil Law*. En este sentido, la JEP utiliza un triple estándar probatorio con intensidad baja, media o alta para la determinación de la competencia.

La intensidad baja o leve se aplica para determinar la competencia de la JEP frente a la comparecencia ante la JEP. En esta línea es necesario, al analizar si concurren los factores personales, material y temporal, evitar obstáculos en el acceso a la JEP. En cambio, con la intensidad media se exige un grado aceptable de persuasión, sin llegar a requerir un total convencimiento del juzgador. Se aplica, por ejemplo, para decidir la competencia de la JEP para conceder el beneficio de libertad condicional. Finalmente, la intensidad alta se aplica a la decisión final de los asuntos, relativa al fondo de la cuestión. Con este último estándar se determina la absolución o condena del compareciente, así como la concesión de privilegios, como la amnistía o el indulto.

3. Del estudio realizado extraemos las siguientes conclusiones:

- LA JEP se configura como una jurisdicción especial, definida por el papel protagónico de las víctimas, la aplicación de la justicia restaurativa y un procedimiento “dialógico”. No obstante, la práctica –tal y como se refleja en el estudio– ha puesto de manifiesto que algunos de estos fines no se están cumpliendo en toda su extensión, lo que podría llevar al cuestionamiento, incluso, de la necesidad de una regulación especial para la JEP.
- La configuración de la iniciativa probatoria del tribunal debe matizarse en función del carácter adversarial o no del procedimiento. Así, en el procedimiento adversarial propiamente, dicha iniciativa está permitida, de forma extraordinaria y complementaria a la aportación realizada por las partes. Sin embargo, en los procesos ante la Sala de Reconocimiento, dado que ha habido un reconocimiento de responsabilidad, la facultad probatoria del Tribunal se convierte en regla general.
- En este sentido, tomando en cuenta la complejidad de los asuntos y la especial relevancia que tiene la reconstrucción de la verdad en el marco del SIJVRNR, consideramos justificado el aumento de facultades judiciales de dirección del proceso.
- El principio de libertad probatoria garantiza las posibilidades de defensa, facilita la celebración de un debido proceso y logra la aportación de contenidos esenciales para la conformación de la verdad. No obstante, no puede interpretarse esta libertad en un sentido ilimitado: el control de la legalidad y la calidad de la prueba es imperativo para garantizar el debido proceso y lograr la efectividad de la justicia impartida por la JEP.
- La garantía de la presunción de inocencia deberá respetarse en los diferentes procesos que se celebren ante la JEP, incluso en aquellos en que se produce el reconocimiento de la verdad y responsabilidad. En estos casos, la confesión del compareciente debe ser contrastada con el resto del acervo probatorio y la aceptación de los hechos no produce una inversión de la carga probatoria.
- La Ley 1922 de 2018 no hace una regulación extensa sobre las normas probatorias, de modo que se aplica en la JEP de forma complementaria, o más bien supletoria, la regulación procesal penal ordinaria en materia de prueba. Sería conveniente, incorporar en la Ley de Procedimiento de la JEP aquellos aspectos relevantes sobre la prueba que puedan contribuir a aportar mayor claridad y seguridad jurídica a los procedimientos.
- La utilización de estándares probatorios es un elemento clave, aunque no exclusivo, de la JEP. La aplicación de estos estándares debe realizarse tomando en cuenta lo gravoso de la resolución que se adopta y la intensidad con que esta afectará los derechos fundamentales del compareciente, evitando así una aplicación cuasiautomática de los mismos.



Introducción

Este estudio está estructurado en tres partes. La primera, contiene un análisis de la doctrina jurisprudencial de la JEP en materia probatoria; la segunda, se centra en el tratamiento de la prueba por esta jurisdicción y la tercera, presenta las reflexiones conclusivas de los autores.

La primera parte, como hemos indicado, es el resultado de un análisis exhaustivo de las sentencias de la Justicia Especial para la Paz (JEP) en materia de prueba, centrándose en la interpretación que la JEP lleva a cabo sobre la misma.

Esta interpretación probatoria se basa en los estándares probatorios seguidos por los órganos jurisdiccionales en la toma de decisiones relacionadas con la competencia; estándares que responden a tres intensidades distintas (mínima, media y alta) de las que los tribunales de esta jurisdicción se valen para resolver cuestiones tan importantes como su propia competencia para conocer de unos hechos y tomar decisiones sobre los autores de los mismos; la concesión de beneficios provisionales, como la libertad condicionada; o de beneficios definitivos, como la amnistía o el indulto. Igualmente, son de interés para la determinación de la condición de víctimas.

Estas intensidades deben interpretarse, no obstante, de acuerdo con las propias finalidades de la Justicia Transicional (JT) y el derecho internacional, tomando en cuenta, por supuesto, la legislación colombiana. En este sentido, los principios del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), creado por el punto 5 del Acuerdo de Paz, tienen como finalidad consolidar un escenario institucional transitorio suficiente y apropiado para satisfacer los derechos de las víctimas del conflicto armado interno y contribuir a la reconciliación nacional. El sistema implica medidas restaurativas y reparadoras que atienden a las necesidades y dignidad de las víctimas, para satisfacer su derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación y la no repetición, buscando el reconocimiento de responsabilidad de quienes participaron en el conflicto armado. Las víctimas ocupan, por tanto, un papel central en el sistema.

Característica esencial del mismo es una “integralidad”, que se refleja en la coexistencia de mecanismos extrajudiciales y judiciales autónomos fundamentados en los derechos de las víctimas y la existencia de incentivos, sometidos a una serie de condiciones, a favor de quienes comparecen reconociendo su responsabilidad como responsables de graves violaciones de derechos humanos (crímenes de guerra y de lesa humanidad) en el marco del conflicto armado.

La metodología seguida en la primera parte de la reflexión informada ha respondido a los siguientes objetivos:

1. Buscar e identificar las resoluciones de la JEP que se pronuncien en relación con cualquier aspecto de análisis probatorio.
2. Crear un banco con las resoluciones que hayan sido identificadas.
3. Elaborar un resumen para cada uno de los casos, con el propósito de facilitar el manejo, contraste y análisis de la información obtenida.
4. Identificar cuáles son los temas o problemas probatorios que aparecen recogidos en la jurisprudencia de la JEP.
5. Elaborar un documento en el que se agrupen y sistematicen dichos temas probatorios, así como su tratamiento y evolución en la jurisprudencia de la JEP.



En la segunda parte se analizan críticamente las cuestiones probatorias más importantes, partiendo de la doctrina jurisprudencial de la JEP, objeto de la primera parte de esta reflexión informada. Los aspectos analizados más importantes se centran en las características esenciales que definen esta jurisdicción y que justifican su especialidad, como el especial tratamiento de las víctimas o las particulares consecuencias anudadas al reconocimiento de responsabilidad por el victimario. Desde una perspectiva similar, se pone el foco de atención en las facultades procesales y materiales de dirección del proceso por los magistrados de la JEP, con especial incidencia –por razones obvias– en las facultades probatorias del tribunal; facultades similares a las que se le reconocen en la jurisdicción ordinaria.

Sin perjuicio de la regulación especial de la actuación de la JEP, a esta le son de aplicación, sin duda alguna, los principios y reglas probatorias reguladas en la Constitución Política, en particular los reconocidos en el art. 29. Precisamente estos principios aparecen como un límite a la libertad probatoria reconocida a la JEP.

Uno de los aspectos probatorios más explotados por la JEP es el recurso a los estándares probatorios como criterio para determinar el *quantum* de prueba exigible para tomar diversas decisiones a lo largo del proceso. Así, la JEP ha creado un importante marco jurisprudencial en que, atendiendo a los tres grados de dichos estándares (bajo, medio y alto), justifica la adopción de determinadas decisiones sobre su competencia en función de la fase del proceso en que nos encontramos.

Esta reflexión informada se cierra con la tercera parte, las reflexiones finales de los autores basadas en los aspectos analizados en la segunda parte y en el análisis jurisprudencial realizado, centradas, concretamente, en la necesidad o conveniencia de la creación de una jurisdicción especial para dar cumplimiento a los fines pretendidos en el Acuerdo Final para la Paz; las facultades de dirección del tribunal sobre el proceso; los principios probatorios que disciplinan la actuación de la JEP y el uso de los estándares probatorios para entender como probados los hechos.

I. Tratamiento de la prueba en la jurisprudencia de la JEP

1. Valoración de la prueba y estándar probatorio

(a) La aplicación de un triple estándar probatorio

Un elemento fundamental en el tratamiento de la prueba por la JEP es el referido a la valoración de la prueba y el convencimiento que deben alcanzar sus distintas secciones para tomar sus decisiones. Para tal fin, en relación con la determinación de la competencia de la JEP, se parte del establecimiento de un *triple estándar probatorio*, también aplicable a la jurisdicción ordinaria, que necesariamente parte de las *pruebas efectivamente disponibles*, el momento o *fase procesal* y la *decisión* que deba adoptarse en cada momento. Se exige así, como luego veremos con más detalle, una intensidad mínima, media y alta para la determinación de la competencia en función de la fase procesal en que nos encontremos (investigación o enjuiciamiento) y las decisiones a adoptar (concesión de beneficios provisionales o decisión final) y ello atendiendo al conjunto de la prueba practicada, no individualmente ni en abstracto a cada una de ellas. Al respecto, tanto a nivel de la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción extraordinaria o especial para la paz, se parte de la idea de que es necesario fijar un *estándar mínimo* a partir del cual los órganos jurisdiccionales puedan tomar una decisión. La cuestión fundamental es cuál debe ser ese estándar mínimo y si el mismo debe variar en función del orden jurisdiccional (civil o penal), de la jurisdicción (ordinaria o especial), la fase procesal en que nos encontremos y la decisión que deba tomarse.

Estos criterios determinarán la *cantidad y calidad de la prueba* necesaria para poder fundamentar una decisión. El estándar de prueba indica, así, el nivel que debe alcanzar el *quantum-qualitas* probatorio para confirmar el grado de verdad o falsedad de determinado enunciado sobre un hecho y, con ello, determina la convicción del juez. Así, se afirma en el caso Monguí Ibarra que el

material probatorio designa en este escenario no solo el número de pruebas requeridas para tomar una cierta decisión –quantum–, sino también y especialmente, su calidad –qualitas–. Este volumen y calidad de pruebas puede variar según el momento procesal –inicial, intermedio o final–, por razón de la dinámica propia del proceso, que incluye el interés de los comparecientes y la capacidad oficiosa del juez para decretar y obtener pruebas. La variación del *quantum-qualitas* puede designarse con tres expresiones relativas a cada momento procesal: mínimo, aceptable y exhaustivo...¹.

Este estándar probatorio varía según el *orden jurisdiccional* en que nos encontremos, siendo más alto en el proceso penal, orden en que suele expresarse a través de la expresión “más allá de toda duda razonable”; mientras que es más bajo en otros órdenes, como puede ser el proceso civil, en que se basa en probabilidades². Ello, no obstante en el ámbito procesal penal, de mayor interés aquí, se

1 Monguí Ibarra, Auto TP-SA-070-2018, de 27 de noviembre, párr. 26.

2 En el caso Pérez Castro, Auto SRT-AE-043-2019, de 1 de octubre, párrs. 146 a 152, la Sección de Revisión compara los 3 niveles de intensidad del análisis con los estándares de prueba que se aplican en el proceso penal colombiano ordinario. Así pues, expresa que: “Ahora bien, siendo el nivel de intensidad en el análisis del factor material del tipo medio (...), tal exigencia guarda correspondencia con el estándar de prueba que se requiere en el desarrollo de un proceso penal. En efecto, el Código de Procedimiento Penal establece tres estadios de conocimiento, a saber, la ‘inferencia razonable de autoría o participación’, la ‘probabilidad de la verdad’ y el ‘conocimiento más allá de duda razonable’, consagrados en los artículos 287, 336 y 381 de la Ley 906 de 2004, respectivamente, y cuya aplicación se da en las etapas de imputación, acusación y condena, sobre la base de elementos materiales probatorios, evidencia física

presentan exigencias probatorias distintas según el tipo de decisiones de que se trate. Así pues, no se va a exigir la misma intensidad cuando se pretenda acreditar la responsabilidad penal de un sujeto, condenándole por la comisión de un delito, que cuando se tome otro tipo de decisión a lo largo del proceso, por ejemplo, para la adopción de una medida cautelar o de aseguramiento de las personas o de los bienes. Claramente se indica así en el caso *Mongui Ibarra*:

... Como es sabido, el estándar de prueba varía según el área del derecho en el que opera. Así, en derecho penal, dicho estándar suele ser alto –más allá de toda duda razonable–, lo que no ocurre en otras áreas del derecho como la civil, cuyo estándar es más bajo –más probable que no, o probabilidad prevalectante–. Pero aún en derecho penal, se presentan exigencias probatorias distintas según el tipo de decisiones de que se trate. Por ejemplo, uno es el nivel que debe alcanzar el material probatorio cuando se trata de formular una imputación y otro bien distinto el requerido para proferir una sentencia condenatoria. A efectos de lo que aquí se pretende en términos de justicia transicional –conocer el nivel exigido en un determinado momento procesal para afirmar si una conducta está relacionada o no con el conflicto armado, a partir del material probatorio obrante en la actuación–, baste afirmar que el estándar de prueba puede ser bajo, medio o alto, según el estadio procesal en que sea necesario evaluar las pruebas disponibles en cada fase, que puede ser la inicial, intermedia o final”.³

De igual forma, el caso *Castro Corredor* establece que:

La comprobación o verificación de este requisito demanda una labor de apreciación de los hechos por parte de los órganos de la JEP, la cual debe cumplirse con sujeción a distintos niveles de intensidad, según el momento procesal y las pruebas disponibles, vistas en conjunto y no de manera aislada....⁴

(b) La determinación del estándar probatorio concreto

Haciendo uso de este triple estándar probatorio, la JEP en distintas resoluciones ha fijado el estándar probatorio para decisiones tan relevantes como la determinación de su propia competencia o la concesión de beneficios provisionales –como la libertad condicionada– o beneficios penales definitivos como: amnistías, indultos, renuncia a la persecución penal, entre otros.

La definición de dichos asuntos obedece a lógicas distintas y se funda en pruebas y debates diferentes. La JEP, en cada asunto sometido a su consideración, debe operar atendiendo las distintas etapas procesales consignadas en la ley para salvaguardar los derechos constitucionales de las personas que se someten a su jurisdicción. Importante es indicar que estos criterios tienen valor heurístico, debiendo ser el juez en cada caso concreto el encargado de realizar el juicio en “términos razonables”.

En la determinación de la competencia de la JEP en relación con un caso concreto, será necesario distinguir entre una primera etapa procesal, consistente en el estudio competencial de la JEP; y, la segunda, en la que se estudia el fondo del asunto y la concesión de beneficios penales. Para ello se analizarán las pruebas remitidas desde la jurisdicción ordinaria y también las pruebas que se hayan practicado ante la misma JEP.

En el caso *Castro Corredor*, la Sala de Apelación del Tribunal para la Paz (SA) recoge este triple estándar al analizar el concepto de *conflicto armado* como determinante de la competencia de la JEP:

... la evaluación de la relación con el conflicto, conforme a las pruebas del caso, tienen al menos tres momentos procesales relevantes: al definir la competencia, al resolver sobre los beneficios relacionados con

o información legalmente obtenida (...). En tal sentido, el estándar de conocimiento requerido (con independencia de la etapa en la que se encuentre, en este caso el proceso penal), debe considerarse frente al hecho jurídicamente relevante que se integra en el tema de prueba, el cual puede lograrse con ‘prueba directa’ o con ‘prueba indiciaria’, según sea el caso (...).’

³ *Mongui Ibarra*, Auto TP-SA-070-2018, de 27 de noviembre, párr. 26.

⁴ *Castro Corredor*, Auto TP-SA-056-2018, de 23 de octubre, párr. 23.



la libertad otorgados por el Sistema y al decidir sobre los beneficios penales definitivos (amnistías, indultos, renuncia a la persecución penal, sanciones propias y alternativas, entre otros). Es claro que en donde mejor se puede hacer el análisis es en la última y decisiva fase, pues allí se espera ya contar con todos los elementos necesarios para establecer la relación buscada. Durante el desarrollo del proceso ante la JEP, igualmente se puede hacer una evaluación intermedia, con ocasión, por ejemplo, del otorgamiento de beneficios relacionados con la libertad, atendido el material probatorio que hasta ese momento se haya recaudado y contrastado. Y, necesariamente, debe hacerse una evaluación inicial de la relación con el conflicto, al comienzo del procedimiento ante la JEP, tomando en cuenta también los materiales disponibles que aún no han sido contrastados". Debe pues "considerar el estudio de la relación con el conflicto armado a partir de distintas intensidades, según el momento procesal y también acorde con los elementos de prueba disponibles. Así, tal análisis debe hacerse con una intensidad baja, media o alta, según el caso se encuentre en la etapa inicial -como cuando se define la competencia de la JEP-, intermedia -como cuando se estudia la concesión de beneficios de menor entidad del sistema- o final -como cuando se falla de fondo en relación con el otorgamiento de los beneficios de mayor entidad.⁵

Luego la SA agrega "que el estándar de prueba exigible en cada momento procesal también es diferente":

Así, haciendo un parangón con las disposiciones que rigen la toma de algunas decisiones al interior del procedimiento penal ordinario (Ley 906 de 2004,⁶ artículos 308, 336 y 381), podría sostenerse que el estándar de prueba exigible al momento de definir sobre la competencia material de la JEP es el de la inferencia razonable, mientras que el que aplica para la concesión de beneficios provisionales es el de probabilidad de verdad. Y, por último, que para la concesión de beneficios definitivos debe lograrse un convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la relación de la conducta con el conflicto armado no internacional.⁷

Muy claro es al respecto el caso *Fernández Santodomingo* donde la SA explica:

El test de intensidad baja o leve que rige al momento de admisión al sistema -que corresponde al momento de decidir sobre la competencia- se explica por cuanto su finalidad es maximizar las probabilidades de que quien busca someterse a la JEP, y favorecerse de sus beneficios (...).

Por su parte, el test de intensidad media corresponde al escrutinio que debe hacerse al momento de determinar la concesión o no de un beneficio de libertad temporal o provisional (...).

El test de intensidad alta o intensa, que corresponde a la decisión sobre los beneficios penales definitivos propios del Sistema, implica un estándar probatorio mayor respecto de la relación de la conducta con el conflicto armado interno.⁸

Centrándonos, aun brevemente, en cada uno de estos estándares, *el test de intensidad baja o leve* que rige al momento de admisión al sistema -en el momento de decidir sobre la competencia- se explica por cuanto su finalidad es maximizar las probabilidades de que quien busca someterse a la JEP, y favorecerse de sus beneficios, contribuya eficazmente a aumentar la verdad plena y la consecuente restauración de los derechos de las víctimas.⁹

Se utiliza en este momento procesal, a la hora de analizar la concurrencia de los elementos personal, material y temporal que determinan la competencia de la JEP, el criterio de *inferencia razonable*. En esta línea, debe conseguirse "un nivel medio de intensidad por cuanto se está decidiendo sobre la concesión de un beneficio de carácter provisional y no sobre uno de carácter definitivo.¹⁰ Esto significa que para

5 Castro Corredor, Auto TP-SA-056-2018, de 23 de octubre, párrs. 18 y 19. En igual sentido, puede verse Caso *Ashton Girado*, Auto TP-SA-020-2018, de 21 de agosto, párr. 19; caso *Guerrero Ávila*, Auto TP-SA-306-2019, de 2 de octubre, párr. 11.

6 Ley 906 de 2004, de 31 de agosto, Código de Procedimiento Penal.

7 Castro Corredor, Auto TP-SA-056-2018, de 23 de octubre, párr. 24.

8 *Fernández Santodomingo*, Auto TP-SA-068-2018, de 21 de noviembre, párr. 27-30.

9 Díaz Narváez, Resolución SDSJ-4978-2020, de 17 de diciembre, párr. 38.

10 Plazas Acevedo, Sentencia SARV-ST-010-2020, de 16 de junio, párr. 83.

que la cuestión sometida a conocimiento de la Sección de Apelación se resuelva favorablemente, las pruebas disponibles deben ser, si no plenamente demostrativas, al menos sí ofrecer probabilidad de verdad”.¹¹ Esto ocurre, por ejemplo, con la acreditación de la condición de víctima directa, conforme al artículo 3 de la Ley 1922 de 2018,¹²

(...) después de la recepción de un caso o grupo de casos por parte de la Sala o Sección respectiva o una vez la Sala de Reconocimiento contraste los informes, una persona que manifiesta ser víctima de un delito y que desea participar en las actuaciones, deberá presentar prueba siquiera sumaria de su condición, tal como el relato de las razones por las cuales se considera víctima, especificando al menos la época y el lugar de los hechos victimizantes. Las respectivas Salas o Secciones de primera instancia tramitarán las peticiones, de acuerdo con el tipo de proceso.¹³

El test de *intensidad media* corresponde al examen que debe hacerse al momento de definir la competencia para determinar la concesión o no de un beneficio de libertad temporal o provisional. Este nivel de intensidad medio implica un análisis probatorio que emplea igualmente un estándar intermedio que permita al juez establecer que la conducta del solicitante tiene relación con el conflicto armado interno y, por lo tanto, procede el beneficio. Así, por ejemplo, las pruebas disponibles deben ser, si no plenamente demostrativas, al menos sí ofrecer un *aceptable grado de persuasión*, en relación con el enunciado según el cual la conducta atribuida al compareciente fue cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Un ejemplo de la utilización de este estándar para la concesión del beneficio de libertad condicionada, lo encontramos en los casos *Sierra Solano y Moreno Rojas*,¹⁴ el ya citado *Mongui Ibarra*,¹⁵ y también *Beltrán Linares*.¹⁶ Este último caso afirma que

... la Sección precisa aún más los términos que deben ser tomados en consideración a la hora de evaluar el criterio material como parte del estudio de la obtención de beneficios en la JEP, concretamente el análisis de lo que consiste la relación con el conflicto. Como ya se indicó, la noción debe ser analizada acorde con (a) el momento procesal, (b) el material probatorio y (c) el estándar de prueba. El primero de ellos (a) refiere los tres estadios en que la JEP debe pronunciarse respecto de alguno de los comparecientes: al inicio -como cuando se define la competencia-, en una fase intermedia -v.g. para resolver sobre ciertos beneficios como la libertad- y al finalizar el caso -típicamente cuando se toma una medida de las previstas en el SVJNR como la amnistía, la renuncia a la persecución penal o las sanciones propias-.¹⁷

11 Castro Corredor, Auto TP-SA-056-2018, de 23 de octubre, párr. 25.

12 Ley 1922 de 2018, de 18 de julio, por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz.

13 Caso No. 003, SRVR, Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 11 (énfasis añadido).

14 *Sierra Solano y Moreno Rojas*, Auto TP-SA-224-2019, de 11 de julio, párr. 12. La SA se ha referido en varias ocasiones a estos requisitos: “Para el otorgamiento de la libertad condicionada -LC- deberán demostrarse, todos y cada uno de los siguientes requisitos: i) personal: que exige que el beneficiario haya sido integrante, colaborador o perseguido judicialmente por una presunta pertenencia o colaboración con las FARC-EP, circunstancia que debe acreditarse de conformidad con las exigencias de la Ley 1820 de 2016; Temporal: que el delito haya sido cometido con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo Final -AFP-, esto es, antes del 1 de diciembre de 2016; o que, de ser posterior, se trate de una conducta amnistiable, estrechamente vinculada con el proceso de dejación de armas; iii) Material: que el o los delitos por los cuales estuviera privada de la libertad la persona destinataria del beneficio hubieren sido condenados por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado (...) Adicionalmente, para que la LC se haga efectiva es requerido que el o la solicitante suscriba el acta de compromiso respectiva, en los términos contenidos en el artículo 36 de la Ley 1820 de 2016 y 10 del Decreto 277 de 2017” Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 191-2019, de 5 de junio, párr. 11.

15 *Mongui Ibarra*, Auto TP-SA-070-2018, de 27 de noviembre, párr. 23.

16 *Beltrán Linares*, Auto TP-SA-11-2019, de 13 de febrero, párr. 28. Creemos interesante traer a colación la aclaración de voto de la Magistrada Sandra Gamboa en el caso *Ardila Mora*, Auto TP-SA-650, de 2 de diciembre de 2020, párrs. 27 a 23, quien considera que los estándares probatorios aplicables a la libertad condicionada no son tanto la manifestación de una “tarifa probatoria”, sino una “reafirmación de las facultades probatorias que tienen los jueces en un Estado Social de Derecho”, coherentes con la Ley 1922 de 2018 y el marco constitucional e internacional de derechos humanos.

17 Ídem.



Interesante es también el caso *Ruales-Marín*, en que se conecta la acreditación de este factor material con la carga de la prueba y el principio *in dubio pro reo*, estableciendo que debe tomarse en consideración que el análisis de los requisitos para obtener un beneficio provisional, no define una situación jurídica ni se juzga sobre la responsabilidad penal, tampoco se cuestiona la presunción de inocencia. Lo que se lleva a cabo es

una valoración acerca del cumplimiento de unos factores competenciales (temporales, personal y material) a partir de los preceptos objetivos que se encuentran en las normas de la transición que desarrollan el Acuerdo Final para La Paz (AFP), y es por esta razón que la valoración acerca de la concesión de LC no comporta la aplicación del principio invocado....¹⁸

Así se afirma que

...esta fase, que por regla general se desarrolla en un momento posterior a la de asunción de competencia, debería contar con mayor sustento que el de la etapa primigenia referida. Pero que, no obstante, podría tener menos soporte que aquel exigido para aplicar algún mecanismo que defienda de manera definitiva la situación jurídica del solicitante.¹⁹

El test de *intensidad alta o intensa*, que corresponde a la decisión sobre la competencia frente a los beneficios penales definitivos propios del Sistema, implica un estándar probatorio mayor respecto de la relación de la conducta con el conflicto armado interno. Este grado de intensidad se exige, por ejemplo, para la concesión de la amnistía. Tal y como establece, entre otros, el caso *Ramírez Ramírez*: “en sede de análisis de concesión de amnistía, el estudio se debe hacer con una intensidad alta”.²⁰

Otro aspecto en el cual la JEP ha determinado un estándar probatorio especial es en la emisión de los autos de determinación de hechos y de conductas. En los tres autos emitidos hasta el momento²¹ se ha aplicado el estándar contemplado en el literal h del artículo 79 de la Ley 1957 de 2019 que exige “*bases suficientes para entender que la conducta existió, que la persona mencionada participó y que la conducta corresponde a tipos penales no amnistiables*”, lo cual implicaría de acuerdo con el Auto 19 de 2021 la

“(...) contrastación de diversas fuentes, de manera que la veracidad de lo que determina la Sala no depende exclusivamente del reconocimiento del compareciente, ni del dicho de las víctimas, ni de la perspectiva de la persecución penal que hizo el Estado, sino que tiene además las otras bases probatorias que se detallan en esta providencia”.²²

En este aspecto, el citado Auto 19 de 2021 ha destacado también que este estándar implica una determinación objetiva, construida en “*la contrastación de fuentes que no surge en las preferencias subjetivas de los jueces o de otros sujetos, sino que se funda en razones derivadas del análisis de las*

¹⁸ *Ruales Toro y Marín Arboleda*, Auto TP-SA-219-2019, de 4 de julio, párr. 14.

¹⁹ *Ibíd.*, párr. 22. De forma similar se pronuncia el también citado caso *Castro Corredor*, Auto TP-SA-056-2018, de 31 de octubre, afirmando que “En el momento procesal actual, el análisis de la relación con el conflicto debe ajustarse a un nivel medio de intensidad por cuanto se está decidiendo sobre la concesión de un beneficio de carácter provisional y no sobre uno de carácter definitivo. Esto significa que para que la cuestión sometida a conocimiento de la Sección de Apelación se resuelva favorablemente, las pruebas disponibles deben ser, si no plenamente demostrativas, al menos sí ofrecer *probabilidad de verdad* al enunciado según el cual la conducta atribuida al señor Castro Corredor fue cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado” (párr. 25).

²⁰ *Ramírez Ramírez*, Resolución SAI-AOI-005-2018, de 27 de diciembre, párr. 53.

²¹ *Caso 01 (Toma de rehenes y graves privaciones de la libertad cometidas por las FARC-EP)*, Auto SRVR-19-2021, de 26 de enero; *Caso 03 (Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado, Subcaso Norte de Santander)*, Auto SRVR-125-2021, de 2 de julio; y *Caso 03 (Asesinatos y desapariciones forzadas ilegítimamente presentados como bajas en combate por agentes del Estado, Subcaso Costa Caribe)*, Auto SRVR-128-2021, de 7 de julio.

²² *Caso 01 (Toma de rehenes y graves privaciones de la libertad cometidas por las FARC-EP)*, Auto SRVR-19-2021, de 26 de enero, párr. 89.

fuentes contrastadas”, por ello se requiere “un convencimiento que, si bien es alcanzado a través de la inferencia lógica, puede albergar dudas razonables”. Al respecto este mismo auto señala:

“En conclusión, el estándar de apreciación de bases suficientes para entender que los hechos sucedieron tiene un origen legal, y es interpretado a la luz de los principios del procedimiento con reconocimiento de verdad que debe regir en la Sala, en especial, el principio dialógico. Dicho estándar se asocia a la labor judicial de contrastación de las fuentes a partir de la sana crítica, y cuenta con el apoyo de las metodologías de las ciencias sociales, todo ello, en un diseño que le permitirá a la Sala apreciar si existen suficientes bases para entender que “la conducta existió, que la persona mencionada participó y que la conducta corresponde a tipos penales no amnistiables”, para así abrir un último momento para el reconocimiento oportuno de verdad, y el ulterior acceso a la sanción propia en caso de reconocimiento”.²³

El Auto 125 de 2021 emitido dentro del Caso 03, admitió los criterios señalados previamente en el Auto 19 de 2021 y además destacó la importancia de la contrastación de la prueba:

La Sala de Reconocimiento entiende la contrastación como la metodología propia del esclarecimiento de la verdad en el proceso dialógico ante la Sala, consistente en la revisión, análisis y comparación permanente de los informes aportados por las víctimas y las instituciones del Estado y la puesta en diálogo de dichos informes con las versiones voluntarias de los comparecientes, así como con todos los elementos probatorios con que cuenta la Sala. De esta forma, se contrasta permanentemente la versión de los comparecientes con la voz de las víctimas, recogida tanto en los informes como en sus observaciones.²⁴

Asimismo, el Auto 128 de 2021, emitido dentro del Caso 03, también acogió lo señalado en el Auto 19 de 2021 y además hizo un énfasis en la influencia del principio dialógico en la contrastación de la información:

En efecto, la apreciación de bases suficientes para entender es el estándar mínimo que contribuye a incentivar el reconocimiento de responsabilidad. Ello hace parte de un proceso dialógico, en el cual los presuntos perpetradores han obtenido beneficios provisionales y condicionados, a cambio de un aporte a la verdad, que en todos los casos debe ser contrastado y valorado por esta Sala. Así, en el marco de un proceso de construcción de la verdad transicional, la norma estatutaria establece un umbral probatorio que corresponde a la lógica del procedimiento que se adelanta ante la SRVR, para esta etapa de contrastación.²⁵

2. Principios probatorios aplicados

Al hilo del estudio de estos estándares, la JEP formula principios probatorios importantes que se puede sistematizar de la siguiente manera:

(1) En cuanto a las facultades del tribunal transicional, una parte fundamental de la eficacia del modelo de justicia establecido en el SIVJNRN depende de la definición del papel que cumple el *juez transicional*, quien tiene las facultades necesarias para ordenar las *pruebas de oficio* que considere pertinentes, útiles y necesarias para resolver los asuntos de su competencia; en particular, para que pueda garantizar el cumplimiento del Régimen de condicionalidad y las sanciones impuestas por esta Corporación a través de sus resoluciones o sentencias.

Al respecto, se afirma por la propia JEP que la labor de los jueces que forman parte de la misma no puede reducirse a la contrastación formal y pasiva de los asuntos puestos a su consideración, sino

²³ Ídem, párr. 94.

²⁴ Caso 03 (Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado, Subcaso Norte de Santander), Auto SRVR-125-2021, de 2 de julio, párr. 23.

²⁵ Caso 03 (Asesinatos y desapariciones forzadas ilegítimamente presentados como bajas en combate por agentes del Estado, Subcaso Costa Caribe), Auto SRVR-128-2021, de 7 de julio, párr. 22.



que tienen la obligación de recabar todas las pruebas que sean necesarias para esclarecer la verdad de lo sucedido, lo que implica adoptar una actitud proactiva, encaminada a demostrar los supuestos fácticos que son objeto de debate en el marco del incidente, objetivo que solo puede ser alcanzado a través de la práctica de pruebas y su debida valoración. La centralidad de las víctimas y los objetivos del SIVJNRN exigen a los jueces transicionales recabar las pruebas necesarias para esclarecer la verdad de lo sucedido y la responsabilidad de los involucrados en las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

En el caso *Fernández Santodomingo*, la SA especificó que

El artículo 19 de la Ley 1922 de 2018 permite como regla general la práctica de pruebas a los magistrados de la JEP para resolver los asuntos de su competencia, facultad que incluye la posibilidad de *practicar pruebas de oficio*. En sede de segunda instancia de los procesos que se adelantan ante la JEP, los magistrados de la Sección de Apelación están igualmente facultados por la ley para decretar y practicar pruebas de oficio con la diligencia debida, todo según los principios de razonabilidad, diligencia debida y respeto del derecho al debido proceso que enmarca el correcto accionar de la administración de justicia.²⁶

Sin embargo, la Sala luego insiste que esta facultad tiene carácter excepcional, debiendo entenderse sin perjuicio de que la solicitud para la práctica de la prueba corre por cuenta del interesado.²⁷

(2) El principio de *conducencia probatoria* referido a (i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba.²⁸

Este principio se analiza en los casos *Delgado Rivadeneira*²⁹ y *Lozano Bustos*.³⁰ En este último se intentaba demostrar la pertenencia del acusado a las FARC utilizando unos medios de prueba diferentes a los establecidos legalmente. En la sentencia se indica que es

menester puntualizar que no puede dar lugar a la configuración de una vía de hecho, la omisión en la práctica de una prueba que, en el contexto del trámite de la garantía de no extradición (...), no resulta pertinente o conducente, sino que a voces del propio ordenamiento jurídico no resulta procedente, máxime cuando su condición de integrante de la entonces organización subversiva únicamente puede ser acreditado con: "...la inclusión del señor Lozano Bustos en los listados presentados por los representantes del otrora grupo armado y la acreditación de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, o con la acusación formal de ser integrante de las FARC-EP por parte de una autoridad competente".³¹

(3) El principio de *conexidad contributiva* se refiere a la participación concreta del sujeto en las actividades del grupo armado y la conexión entre los hechos y el conflicto, lo que plantea, *inter alia*, la discusión si debe analizarse en el criterio personal o material determinante de la libertad condicionada.

Así pues, la conexidad contributiva actúa como un criterio de evaluación excepcional y permite analizar el factor personal de competencia como un elemento que no tiene que acreditarse positivamente,

²⁶ *Fernández Santodomingo*, Auto TP-SA-068-2018, de 21 de noviembre, párr. 19 (énfasis agregado).

²⁷ *Ibíd.*, párr. 20. Respecto a la concesión del beneficio de no extradición y sobre la facultad de introducción de pruebas de oficio por el tribunal se pronuncian los casos *Hernández Solarte*, Auto SRT-AE-059-2018, de 23 de octubre, punto 6.4.2, que contiene dos Salvamento de voto; *Andrade Cáceres*, Auto SRT-AE-086-2018, de 17 de diciembre, secc. 3.3.1 y *Velásquez Saldariaga*, Auto SRVR-012-2019, de 22 de enero, consideración c.i, que afirma "...el juez transicional no solo cuenta con la facultad sino también con el deber ineludible de garantizar la máxima efectividad de los principios y derechos que son esenciales para el funcionamiento adecuado del SIVJNRN, a través de los medios probatorios que considere pertinentes, necesarios y útiles. De lo contrario, podría correrse el riesgo de mantener o eliminar beneficios a ciertos comparecientes en detrimento del cumplimiento de los fines legales y constitucionales del SIVJNRN".

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto AP5785-2015 de 30 de septiembre de 2015, referido en *Delgado Rivadeneira*, Auto SAI-AOI-004-2018, de 27 de diciembre, parr. 55; *Castro Chillambo*, Auto SRT-AE-001-2020, de 13 de enero de 2020 párr. 22.

²⁹ *Delgado Rivadeneira*, Auto SAI-AOI-004-2018, de 27 de diciembre, párrs. 54 y 55.

³⁰ *Lozano Bustos*, Auto TP-SCVR-ST-001-2019, de 15 de enero, sección 6.3.2. y 6.5.

³¹ Énfasis original de la sentencia.

sino que puede desvirtuarse para negar la concesión del beneficio de libertad condicionada. Se aplica en aquellos casos en los que la persona procesada cuenta con la certificación de la OACP que acredita su pertenencia a las FARC-EP, pero existen sentencias condenatorias o elementos de prueba en las actuaciones penales ordinarias, en cuyos hechos se fundamenta la petición, en las que se demuestra su involucramiento con otros grupos armados distintos a las FARC-EP, es decir, estructuras no receptoras del beneficio provisional o bien grupos de delincuencia común.

Por tanto, el criterio de conexidad contributiva funcionará como una presunción legislativa *iuris tantum*, estableciendo que, si no se demuestra lo contrario, se entenderá que los hechos del conflicto atribuidos a miembros de las FARC-EP debidamente acreditados, deberán interpretarse como cometidos en su condición de tales.

Se analiza, por ejemplo, en el caso *Quintero Durán*,³² en tanto que tiene que ver con los hechos cometidos por los que se produce la condena y se refiere al nexo entre la conducta y el conflicto armado. Pues bien, al respecto se entiende que esta exigencia de conexidad contributiva nace como pauta para poder dar contenido al factor personal, a entender de la SA, para resolver “un problema real e ineludible”, que en dicho caso era el demostrar la pertenencia del acusado a las FARC-EP, especialmente porque el acervo probatorio no permitía acreditar que obrara como miembro o en función de dicha organización. De acuerdo con la SA:

[...] el numeral 2 de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016 funciona como una suerte de presunción legislativa, conforme a la cual es razonable asumir de antemano que, a falta de pruebas que demuestren lo contrario, los hechos del conflicto atribuidos a miembros de las FARC-EP, acreditados por la OACP, se entienden cometidos en su condición de tales. Y esto no desconoce la tesis de la conexidad contributiva, sino que por el contrario la prueba y ratifica, ya que precisamente cuando se desvirtúa la conexidad contributiva con las FARC-EP, se falsea esa presunción y puede juzgarse insatisfecho el factor personal. Cuando hay dudas o sencillamente no se confirma la conexidad contributiva con el nivel de intensidad requerido, la Ley 1820 de 2016 la resuelve en el sentido de considerar que sí existe.³³

(4) Finalmente, consideramos oportuno destacar la expresa mención, encontrada en los artículos 18 y 47 inciso 8 de la Ley 1922 de 2018, a *la libertad en materia de pruebas* y que dentro del régimen probatorio de la JEP se tendrán como modalidades de *prueba válidas* aquellas provenientes de *otros procedimientos y actuaciones*, sin perjuicio de la valoración propia que sobre aquellas pueda llegar a realizar la JEP.

Respecto al reconocimiento de la validez de las pruebas practicadas de acuerdo a lo prescrito en la Ley 600 de 2000³⁴, se pueden derivar varias consecuencias para el SIVJRN: La legalidad de las pruebas en lo atinente a su admisión y práctica; su aptitud para generar conocimiento en el juzgador sobre el objeto principal del proceso penal, a saber, la realización de una conducta punible y la responsabilidad de una persona en calidad de autor o partícipe, considerando la posibilidad de la calificación jurídica propia que determine la JEP; la progresión en el nivel de conocimiento como consecuencia del principio de permanencia de las pruebas; y la exigencia de que el ingreso al SIVJRN deba estar siempre orientado por una aportación a la verdad que supere aquello que ya ha sido probado válidamente ante la jurisdicción penal ordinaria, además de contribuir efectivamente al logro de los demás cometidos que busca el mencionado sistema. Así se afirma en el caso *Char Navas* que

³² *Quintero Durán*, Auto TP-SA 127-2019, de 13 de marzo.

³³ *Quintero Durán*, Auto TP-SA 127-2019, de 13 de marzo, párr. 32. La Ley 1820 de 2016, de 30 de diciembre, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones, establece en dichos artículos el ámbito de aplicación personal del beneficio de amnistía o indulto, concretamente, a la posibilidad de aplicarlo a “integrantes de las FARC-EP tras la entrada en vigencia del Acuerdo Final de Paz con el gobierno nacional, de conformidad con los listados entregados por representantes designados por dicha organización expresamente para ese fin, listados que serán verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz. Lo anterior aplica aunque la providencia judicial no condene, procese o investigue por pertenencia a las FARC-EP”.

³⁴ Ley 600 de 2000, de 24 de julio, Código de Procedimiento Penal.



las pruebas válidamente practicadas ante la jurisdicción ordinaria permiten el establecimiento de un umbral a partir del cual se puede valorar el nivel de aportación a la verdad plena por parte de quien se somete a la JEP. De este modo, si no se cumplen los compromisos asumidos por el compareciente en este ámbito, bien porque no se hagan aportes significativos que superen ese umbral de verdad o bien porque se pretenda falsear la verdad dolosamente, el interesado podrá perder los beneficios propios de la justicia transicional.³⁵

³⁵ Char Navas, Auto TP-SA-19-2018, de 21 de agosto, párr. 8.5.

II. Aproximación crítica del tratamiento de la prueba en la jurisprudencia de la JEP

1. Sobre la necesidad de crear una jurisdicción y procesos especiales

El acuerdo final de paz incluye un amplio catálogo de medidas que se consideran necesarias para “restablecer” la paz en el país, con especial incidencia en la reparación y satisfacción de los derechos de las víctimas, aspecto central en las actuaciones de la JEP.³⁶ Una medida concreta para alcanzar una paz duradera es la creación de la JEP. Se presenta como una fórmula novedosa para facilitar la reconciliación política, velando por los derechos de las víctimas y la asunción de responsabilidades. Sin embargo, cabe cuestionarse si realmente estamos ante una verdadera novedad, y si realmente era necesaria su creación.

Para responder a estas preguntas, y sin pretender realizar un análisis global de la institución, creemos conveniente indicar que esta jurisdicción basa su *especialidad* en un conjunto de *características*, entre las que destacamos:³⁷

1. El *papel protagónico de las víctimas* del conflicto armado (art. 13 de la ley 1957 de 2019), que lleva a la clara apuesta por la *justicia restaurativa*.³⁸ Como afirma Cote “...en contextos de justicia transicional no solamente se está ante la necesidad de lograr los objetivos tradicionales del proceso penal; la satisfacción de los derechos de las víctimas también juega aquí un papel fundamental, pero con un alcance mayor de los que estos mismos derechos tienen en el proceso penal ordinario”.³⁹
2. *Reconocimiento* o no de responsabilidad por el victimario, determinando aspectos tan importantes como el sistema de sanciones o el procedimiento aplicable.⁴⁰ Se distingue así entre un procedimiento “dialógico” en caso de reconocimiento de responsabilidad (arts. 27 y ss. de la Ley 1922 de 18 de julio de 2018) y un procedimiento ordinario adversarial en caso de ausencia de reconocimiento de responsabilidad (arts. 34 y ss. de dicha Ley).⁴¹

³⁶ Cf. arts. 1, 2 y 7 de la Ley 1957 de 2019, Estatutaria de la administración de justicia en la JEP.

³⁷ Medina Aguilar, C., “La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): Claridades e incertidumbres de un modelo innovador de justicia transicional”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 189, 2017, pp. 225 y 226; Valencia, P.A y Francés-Gómez, P., “Legitimidad de la Jurisdicción Especial para la Paz”, *Revista de Paz y Conflictos*, núm. 1, 2018, pp. 111 y ss; Ambos/Aboueldahab, *¡La JEP no significa impunidad! Mitos, percepciones erróneas y realidades sobre la Jurisdicción Especial para la Paz*, Policy Brief núm. 6, Instituto Colombo-Alemán para la Paz - CAPAZ, Bogotá 2020, Bogotá 2020, pp. 4 y ss. Disponible en: https://cedpal.uni-goettingen.de/data/publicaciones/2020/Ambos_Aboueldahab_Policy_Brief_2020.pdf.

³⁸ De hecho, de los diez principios incluidos en el comunicado conjunto del Gobierno y las FARC de 2014, siete se refieren a ellas. V., Sentencia de la Corte Constitucional (cc) C-674 de 2017, de 14 de noviembre, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. V., también, De Gamboa, C., *El papel de la justicia restaurativa en el Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación y No repetición Colombiano*, Policy Brief núm. 6, Instituto Colombo-Alemán para la Paz -CAPAZ, Bogotá 2020. Disponible en: <https://www.instituto-capaz.org/wp-content/uploads/2020/08/Policy-Brief-Azul-6-2020-v3.pdf>.

³⁹ Cote Barco, G.E., “El carácter dialógico del proceso con reconocimiento de responsabilidad ante la Jurisdicción Especial para la Paz: retos del derecho penal en contextos de justicia transicional”, *Vniversitas*, vol. 69, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.cdpr> Interesante es el salvamento de voto de la magistrada Sandra Gamboa en el caso *Diógenes Cárdena*, Auto TP-SA 612, de 30 de septiembre de 2020.

⁴⁰ Cf. art. 73 de la Ley 1957 de 2019.

⁴¹ Sobre el proceso “dialógico”, Cote Barco, G.E., “El carácter dialógico del proceso con reconocimiento de responsabilidad ante la Jurisdicción Especial para la Paz: retos del derecho penal en contextos de justicia transicional”, *Vniversitas*, vol. 69, 2020 (<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.cdpr>), quien llama la atención a la falta de una definición de dicho principio, que en la ley se asimila a deliberativo.



De hecho, el principio dialógico, reconocido expresamente en el art. 1, b) de la Ley 1922 de 18 de julio de 2018 y contrapuesto al principio adversarial, supone la participación de la víctima y los comparecientes ante la JEP. No obstante esta proclamación y la apuesta por la preferencia del principio dialógico sobre el adversarial, la regulación concreta de los arts. 27 y ss. de la indicada Ley permite dudar de la verdadera consecución de dicho diálogo o deliberación, en tanto que limita la intervención de las víctimas, por ejemplo, en las versiones voluntarias (art. 27 letra c y d de la Ley 1922 de 18 de julio de 2018).⁴² Esto, en opinión de Cote, ha llevado a que, en supuestos concretos y para dar voz a las víctimas, se haya articulado una serie de audiencias que no están expresamente previstas en la Ley, por ejemplo, para que las víctimas puedan presentar informes orales y escritos a la Sala de Reconocimiento u observaciones sobre las versiones voluntarias. Debemos añadir al respecto, que un verdadero proceso dialógico requiere también de un juez o magistrado más involucrado en el desarrollo de las audiencias, dando entrada a una activa intervención de la víctima e incluso a su interrelación con los comparecientes.

3. La configuración del *principio de oportunidad*, en virtud del cual la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP ejercen o no la acción penal en función de una “priorización y selección de casos” atendiendo a las finalidades de esta jurisdicción (art. 19 de la Ley 1957 de 2019). En este contexto también se debe hacer referencia a la manifestación de dicho principio a través de la posibilidad de renunciar al ejercicio de la acción penal, al régimen de amnistías e indultos.
4. En términos de *competencia*, la JEP actúa de forma “transitoria”, independiente y autónoma, conociendo preferentemente a las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas que tiene expresamente atribuidas (art. 8 de la ley 1957 de 2019). Desplaza, por tanto, al órgano ordinario que conforme al principio del juez legal o juez prevenido sería competente conforme a las reglas ordinarias de competencia.

Son estas tal vez las más importantes características que han llevado a afirmar que estamos ante una jurisdicción *sui generis*, que actúa conforme a parámetros que son diferentes a los que rigen la actuación de los órganos jurisdiccionales ordinarios. Ahora bien, tomando en cuenta las características descritas, la JEP responde, por un lado, a los parámetros clásicos de una *justicia penal internacional*, sea exclusiva o híbrida, cuyo fin es investigar, perseguir y adjudicar crímenes internacionales.⁴³ Por otro, la JEP representa un órgano de la así llamada *justicia transicional*,⁴⁴ enfatizando la justicia restaurativa y el papel de las víctimas. Se trata, en efecto, de una jurisdicción especial y especializada para resolver una situación dramática de sistemática vulneración de los derechos humanos más fundamentales y de la comisión generalizada de crímenes internacionales. Precisamente, su carácter holístico lleva a la combinación de distintos instrumentos y mecanismos, judiciales y extrajudiciales.⁴⁵ Si bien podría haberse acudido para resolver esta situación a la justicia ordinaria, lo cierto es que la atribución del conocimiento de estos asuntos a la JEP conlleva unas aparentes ventajas, entre las que destaca la

⁴² Muy claro en este sentido, Cote Barco, G.E., “El carácter dialógico del proceso con reconocimiento de responsabilidad ante la Jurisdicción Especial para la Paz: retos del derecho penal en contextos de justicia transicional”, *Vniversitas*, vol. 69, 2020 (<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.cdpr>).

⁴³ Sobre este tipo de tribunales y sus objetivos v. Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Vol. III: International Criminal Procedure*, OUP 2016, pp. 24 y ss., 44 y ss.

⁴⁴ Según Naciones Unidas, 2004, para. 8, la JT “abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”. V. también con especial referencia a la Ley 975 Ambos, *El marco jurídico de la Justicia de Transición*, Bogotá, Temis 2008 y más recientemente “Transitional Justice in Kolumbien: Völker(straf)recht und Amnestie(n)”, en: E. Hoven/M. Kubiciel (coords.), *Zukunftsperspektiven des Strafrechts, Symposium zum 70. Geburtstag von Thomas Weigend*, Baden Baden, Nomos 2020, pp. 337 y ss.

⁴⁵ Cfr. Ambos/Aboueldahab, *¿La JEP no significa impunidad! Mitos, percepciones erróneas y realidades sobre la Jurisdicción Especial para la Paz*, Policy Brief núm. 4, Instituto Colombo-Alemán para la Paz - CAPAZ, Bogotá 2020.

especialización que aparea esta jurisdicción y la posibilidad de dar un tratamiento unitario y uniforme de los asuntos, evitando resoluciones contradictorias.

2. Las facultades materiales y procesales de dirección del proceso

Uno de los elementos que puede marcar un verdadero punto de inflexión ante la creación de una jurisdicción especial y la configuración de sus propios procedimientos, es cómo se regulan las facultades materiales y procesales de dirección del proceso. Omitimos en este estudio referencias genéricas sobre esta cuestión desde la perspectiva amplia del derecho procesal, para fijar el foco de atención en cómo estas facultades de dirección pueden afectar a las facultades probatorias de los jueces y magistrados.

En un proceso penal la respuesta debe venir condicionada por los principios que lo inspiran y su propia finalidad. No puede dejarse en manos de víctima y victimario la dirección material del proceso, no cabe –salvo excepciones legalmente previstas– disponer del proceso (ni de su inicio ni de su finalización), ni de su objeto (qué delitos vamos a enjuiciar) ni de la sanción a imponer (el perdón del ofendido debe ser algo excepcional).

En materia penal, por tanto, la vigencia del principio de oficialidad y el hecho de que la finalidad del mismo sea la búsqueda de la verdad determina qué facultades deben dársele al juez, particularmente en materia probatoria, sin desnaturalizar su condición de tercero imparcial. El hecho de que el juez deba ser imparcial no puede asimilarse a una total pasividad del mismo, no puede convertirlo en un mero convidado de piedra.

No ignoramos con esto que, en el sistema adversarial, “la pasividad” del juez como mero árbitro del debate contradictorio entre las partes se ha considerado una nota esencial del mismo, pero observamos que también allí existe una cierta intervención moderada del juzgador.⁴⁶ De todos modos, en los sistemas continentales, en que el proceso responde, entre otras finalidades, a la necesidad de esclarecer los hechos y determinar la responsabilidad del sujeto, es decir la búsqueda de la verdad, el margen de actuación del juez es más amplio; especialmente en relación con la prueba, qué hechos deben ser probados y quién los aporta al proceso y qué medios de prueba se utilizarán para alcanzar el convencimiento por el juez.

Sea como fuere, el aspecto que aquí presenta mayor interés es cómo se articulan las facultades probatorias de los jueces y magistrados en una jurisdicción especial como la JEP, en la que alcanzar la verdad juega un papel determinante. Pues bien, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) prevé, sin perjuicio de las facultades atribuidas a las partes, en su art. 375.4, la intervención del juez en materia probatoria cuando este lo considere necesario. En cumplimiento de dicha previsión, el juez puede plantear preguntas a testigos y peritos (art. 376.3) y, más importante aún, decretar la aportación de oficio de medios probatorios, siempre bien entendido sobre los hechos aportados por las partes (art. 385.2); es precisamente la introducción de hechos distintos por esta vía lo que podría afectar a su imparcialidad.

También en el marco de la JEP, se prevén a favor del juez facultades probatorias similares a las que se otorgan al juez ordinario, en particular la posibilidad de ordenar pruebas de oficio. Concretamente, el art. 17 de la Ley 1922 de 2018 permite a los Magistrados de la JEP, a través de las Policía Judicial y la UIA, la recolección de los elementos probatorios que se consideren pertinentes para la averiguación de los hechos. A su vez, el art. 19 de la Ley 1922 de 2018, al regular las distintas modalidades de prueba que pueden utilizarse, se refiere a las practicadas por los magistrados de la JEP para resolver los asuntos de su competencia y, en el párrafo 1º del mismo artículo, se les autoriza para ordenar pruebas de oficio. Precisamente respecto al art. 19, el caso *Fernández Santodomingo*⁴⁷ establece que esta facultad debe ser ejercida respetando “los principios de razonabilidad, diligencia debida y respeto del derecho al debido proceso que enmarca el correcto accionar de la administración de justicia”. No obstante

⁴⁶ Damaška, M., *Evaluation of Evidence. Pre-Modern and Modern Approaches*, Cambridge, 2019, pp. 116 y 117.

⁴⁷ *Fernández Santodomingo*, Auto TP-SA-068-2018, de 21 de noviembre, párrs. 19 y 20.



dicha afirmación, la Sala matiza que esta facultad debe considerarse excepcional y sin perjuicio de la iniciativa probatoria de las partes (párr. 20).⁴⁸

De todos modos, la posibilidad del juez de ordenar pruebas de oficio no es, pese a lo que se afirma por la propia jurisprudencia de la JEP,⁴⁹ nada novedoso o exclusivo de la JEP, sino también parte del CPP, como hemos visto, y, además, es una constante en la mayoría de los códigos procesales continentales y latinoamericanos.⁵⁰ Distinto es el establecimiento de mayores o menores límites en el uso de dicha facultad por el tribunal, en tanto que puedan hacerle perder su imparcialidad.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la oficiosidad del juez varía considerablemente de acuerdo al tipo de proceso que se tramite en esta jurisdicción: (i) en el proceso aplicado por la Sala de Reconocimiento se ha convertido en la regla general, lo cual responde a que en esa etapa la UJA no es un sujeto procesal y los magistrados han tenido la carga del impulso del proceso para el esclarecimiento de los hechos; (ii) en los procesos adversariales llevados a cabo por la Sección de Primera Instancia de Ausencia de Reconocimiento la oficiosidad se restringe, pues en ellos se aplica el sistema con tendencia adversarial de la ley 906, por lo cual se exige un debate entre sujetos procesales; y (iii) en los demás procesos tramitados ante la JEP como el de concesión de beneficios también se ha observado una mayor oficiosidad derivada de las amplias facultades de dirección de los magistrados.

3. Aplicación de los principios probatorios

Al considerar los principios probatorios aplicables ante la JEP, es necesario tomar en cuenta como punto de partida que, a pesar de tratarse de un tribunal especial de JT, su funcionamiento se ha regulado dentro del marco de la Constitución Política de Colombia (CPC).⁵¹ Esto significa que, en los

⁴⁸ Así, por ejemplo, se comentan las matizaciones de la facultad de decretar prueba de oficio en *González Póveda*, Auto TP-SA-240-2019, de 24 de julio, párrs. 13 y 14.

⁴⁹ *Fernández Santodomingo*, Auto TP-SA-068-2018, de 21 de noviembre. En dicho caso se reconoce, como regla general, la posibilidad para los magistrados de la JEP de practicar pruebas de oficio para resolver los asuntos de su competencia, y ello conforme a los principios de “razonabilidad, diligencia debida y respeto del derecho al debido proceso que enmarca el correcto accionar de la administración de justicia”. *Hernández Solarte*, Auto SRT-AE-059-2018, de 23 de octubre, en que se afirma que el juez tiene “el deber ineludible” de ordenar la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes y necesarias para garantizar la máxima efectividad de los principios y derechos que son esenciales para el funcionamiento adecuado del SIVJNR, a través de los medios probatorios que considere pertinentes, necesarios y útiles.

⁵⁰ Montero Aroca, J., “El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual”, en *Revista Justicia* 92, núm. IV; Gómez Colomer, J.L., “Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: pros y contras del modelo”, *Revista Penal* núm. 20, julio 2007; Gascón Inchausti, F., “Características de los grandes sistemas de investigación penal del derecho comparado”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 4/2011; Gómez Colomer, J.L., “El proceso penal adversarial. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio”, Ed. Ubijus, México 2012; AAVV, *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio*, traducción de la obra Israel, J.H. / Kamisar, Y. / La Fave, W.R./King, N.J., *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, Ed. Thomson-West, St. Paul Minn 2011, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012; Armenta Deu, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?*, Ed. Marcial Pons, Barcelona 2012; Miranda Estrampes, M., “Iniciativa probatoria ex officio del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?)”, *Anuario Alerta Informativa* 2013 (Perú); AAVV, *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013. Para Alemania véase el deber de esclarecimiento del § 244 inc. 2 StPO, sobre ello Volk, *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, pp. 319 ss.

⁵¹ Cfr. Acto Legislativo 1 de 2017, de 4 de abril, por medio del cual se crea un Título de Disposiciones Transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. No se trata, por ende, de un régimen constitucional transicional, como sucedió en otros casos (por ej. con la declaración constitucional interina de Libia, la Constitución interina de Nepal, la Constitución transicional del Sudan del Sur o la Constitución Política sudafricana del año 1993) sino que, pese a ser un Tribunal de JT, la JEP se regula dentro de un régimen constitucional permanente. Vid. GAITÁN REYES, J., “El debido proceso: La carga de la prueba en el proceso jurisdiccional transicional en Colombia”, *Revista Diálogos de Saberes*, no. 46, enero-junio 2017, p. 171.

procesos adelantados ante la JEP, deberán respetarse los derechos, garantías y principios procesales reconocidos en la CPC, particularmente aquellos del artículo 29 que garantizan el debido proceso.⁵²

De entre ellos cabe destacar a efectos de este estudio el derecho de defensa, el principio de contradicción y el derecho a la prueba.⁵³ Su aplicación en el ámbito de la JEP implica que, para ejercer su legítima defensa, el procesado no solo tendrá la oportunidad de contradecir la prueba presentada en su contra,⁵⁴ sino que además podrá presentar toda aquella prueba que le sea favorable;⁵⁵ siempre y cuando esta cumpla con los requisitos de conducencia, pertinencia, necesidad y licitud.⁵⁶

El derecho a la prueba está íntimamente relacionado con el *principio de libertad probatoria*, el cual establece que los hechos y circunstancias de las investigaciones “se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en la legislación y jurisprudencia colombiana”.⁵⁷ Esto quiere decir que el derecho a la prueba debe interpretarse con flexibilidad y en el sentido que facilite y garantice la defensa del compareciente. Sin embargo, no puede entenderse la libertad probatoria como una facultad ilimitada, sino que deberá practicarse respetando los otros derechos y principios constitucionales y legales. Así pues, ante la JEP, podemos señalar los siguientes aspectos que funcionarán como límites del principio de libertad probatoria:

- a. *El principio de conducencia de la prueba.* Las expresiones principales de este principio son: “i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba”.⁵⁸ Un ejemplo de la conducencia de la prueba –*supra* literal (i)– es el establecimiento de requisitos legales concretos para demostrar que un compareciente fue miembro de las FARC y que, por tanto, se cumple el factor personal para someterse a la JEP.⁵⁹ Quien alegue en el procedimiento la falta

52 En relación con el contenido de los principios referidos en este apartado, vid. Devis Echandía, H., *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*, 11ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 2012, t. II, pp. 13 y ss.; Parra Quijano, J., *Manual de Derecho Probatorio*, 18ª ed., Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2014, pp. 5 y ss. En esta línea, en *Garay Chimby*, Resolución SAI-SUBA-AOI-N-001-2019, de 4 de septiembre, párr. 21, puede observarse cómo se declaró la nulidad de las actuaciones que presentaban irregularidades relevantes en materia de prueba, dado que se había afectado el debido proceso.

53 Además, estos principios se reconocen expresamente en el artículo 1, letras b y e, de la Ley 1922 de 2018, por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la JEP. Con relación a la garantía del derecho a la prueba, vid. Sentencias de la cc C-1270 de 2000, de 20 de septiembre, M. P. Antonio Barrera Carbonell y C-496 de 2015, de 5 de agosto, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En la jurisprudencia de la JEP puede consultarse, por ejemplo, el caso *Hernández Solarte*, Auto SRT-AE-059-2018, de 23 de octubre, p. 8. Con relación a la aplicación de la garantía del debido proceso por parte de la JEP, vid. *Lozano Bustos*, TP-SCRVR-ST-001-2019, de 15 de enero de 2019, sección 6.3.2.

54 Conforme al art. 38 de la Ley 1922 de 2018.

55 Con relación al ejercicio del derecho a la prueba ante la JEP, vid. *Piñeros Reyes*, Salvamento de Voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano al Auto de la Sección de Apelación TP-SA 555 del 29 de abril de 2020.

56 Se recogen estos requisitos probatorios en el artículo 38A de la Ley 1922 de 2018, indicándose que, en el marco del juicio oral y público, el magistrado podrá inadmitir o excluir las pruebas que no los cumplan. Con relación al análisis de estos requisitos en la práctica de pruebas en trámite de medidas cautelares, vid. *Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH)*, Auto AI-026-2020, de 27 de noviembre, así como *Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH)*, Auto AI-026-2020, de 27 de noviembre / Auto AT-009-2021, de 14 de enero.

57 Vid. art. 18 de la Ley 1922 de 2018. En el caso *Pérez Castro*, Sentencia TP-SA-GNE-197-2020, de 7 de octubre, se remarca que “la Ley de Procedimiento de la JEP no circunscribe los medios de prueba admisibles únicamente a los que sean establecidos en el campo *penal*” sino que hace remisión abierta a todos los que estén establecidos en la legislación o jurisprudencia colombiana (párr. 45.8.1). Esto incluiría, entre otros múltiples, los informes de la policía judicial y la prueba indiciaria (párr. 66), si bien con algunos requisitos y exigencias para su valoración.

58 Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Auto de 30 de septiembre de 2015, citado en el caso *Ramírez Ramírez*, Resolución SAI-AOI-055-2018, 27.12.18, párr. 63.

59 Este aspecto fue regulado en el Decreto 1753 de 2016, de 3 de noviembre, por el cual se modifica el Decreto 1081 de 2015, en lo relacionado con las listas que acreditan la pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley, y se dictan otras disposiciones. De acuerdo con este decreto, “la calidad de miembro del grupo armado organizado al margen de la ley de que se trate, se acreditará mediante una lista suscrita por los voceros o miembros representantes designados por dicho grupo, en la que se reconozca expresamente tal calidad” (específicamente el artículo 1 del Decreto 1753 de 2016, que modifica el artículo 2.3.2.1.2.4 del Decreto 1081 de 2015). Esta lista debe ser aceptada por el Alto Comisionado para la Paz y se podrán realizar las verificaciones correspondientes. Por tanto, la



de conducencia, deberá indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación o prohibición de usar un medio de prueba determinado.

- b. *El uso limitado de la prueba de contexto.* La Ley 1922 de 2018 establece en los artículos 17 y 18 que los magistrados de la JEP podrán ordenar la elaboración de informes de análisis (preliminares o de fondo, temáticos, de contexto, de patrones de macrocriminalidad o macrovictimización, análisis de casos, redes de vínculos y otros) para apoyar los procedimientos.⁶⁰ Sin embargo, estos informes no podrán utilizarse como prueba para formular acusaciones o atribuir responsabilidades de carácter individual. En cambio, sí podrán ser empleados en futuros procesos dirimidos ante la JEP cuando hayan sido debidamente acreditados y controvertidos.⁶¹ En estos supuestos, se permitirá incorporar nuevos materiales probatorios y reabrir la controversia sobre el informe de análisis, en caso de ser necesario.⁶²

prueba conducente será únicamente esta y no podrán acreditarse esos hechos mediante otras pruebas (por ejemplo, declaraciones testificales de un cabecilla de dicha organización o prueba documental diferente a dichos listados). Vid. caso *Andrade Cáceres*, Auto SRT-AE-086-2018, de 17 de diciembre. También podrá demostrarse que el interviniente ha sido investigado, procesado o condenado por su pertenencia a las FARC-EP, aportando la debidas resoluciones o certificaciones procesales, conforme a los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016. Vid. caso *Pérez Castro*, Sentencia TP-SA-GNE-197-2020, de 7 de octubre. También se habla sobre la prueba del factor personal en *Rojas Torres*, Auto TP-SA-538-2020, de 26 de marzo, párrs. 11-13; así como en *Serna Moscoso*, Auto TP-SA-545-2020, de 15 de abril, párrs. 8-13.

60 Para más información sobre el valor probatorio de los informes de contexto vid. Bustamante Rúa, M. M./Toro Garzón, L. O., "La prueba en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)", en Agudelo Mejía, D. A. (coord.), *La prueba: teoría y práctica*, Universidad de Medellín, 2019, pp. 338- 343; Palomo, D./ Bustamante, M./ Toro, L./ Marín, J., "Estudio de la Prueba en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) desde el debido proceso probatorio", *Política Criminal*, vol. 15, no. 30, diciembre 2020, art. 13, pp. 917-921; Acevedo Pérez, C./ Ariza Cifuentes, L./ Bernal Ibáñez, D./ et al., "La prueba de contexto en la justicia transicional", *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo - ICDP*, no. 4, enero-junio 2016, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, pp. 60-68; Sánchez Gutiérrez, J./ Córdoba Hernández, M./ Serrano Manrique, H./ Castro Bermúdez, A., "Flexibilización probatoria y equidad: propuestas para la justicia del posconflicto", *Via Inveniendi et Iudicandi*, 14-1, 2019, pp. 173-178.

- 61 De acuerdo con la CSJ, los informes pueden funcionar como "medios cognoscitivos" aptos para fundar decisiones que no impliquen directamente la atribución de responsabilidad penal, por ejemplo, las que se refieren a medidas cautelares o a beneficios como la garantía de no extradición. Vid. caso *Pérez Castro*, Sentencia TP-SA-GNE-197-2020, de 7 de octubre, párr. 45.8.3. La jurisprudencia de la la CSJ indica que los medios cognoscitivos se clasifican en cinco categorías: "(i) los elementos materiales probatorios y evidencia física, (ii) la información [aquí estarían incluidos tales informes], (iii) el interrogatorio a indiciado, (iv) la aceptación del imputado, y (v) la prueba anticipada" (CSJ, Sala de Casación Penal, Auto AP 1941-2015, 16.04.2015). Por tanto, los informes no son formalmente medios de prueba, pero pueden ser valorados como elementos cognoscitivos para fines diversos al de discernir la responsabilidad penal de un procesado.

- 62 Se analiza la eficacia probatoria de los informes de contexto en el caso *Pérez Castro*, Sentencia TP-SA-GNE-197-2020, de 7 de octubre; considerando su valor para la JEP y especialmente su uso en el trámite de la garantía de no extradición. En síntesis, la sentencia indica que:

Los informes de inteligencia militar y policial carecerán de valor probatorio dentro de los procesos judiciales y disciplinarios, conforme al art. 35 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013, por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones. No obstante, el contenido de dichos informes "podrá constituir criterio orientador durante la indagación" (párr. 45.1).

Los informes elaborados por la UIA tendrán valor probatorio si se dan las condiciones pertinentes, para todo aquello que no sea acusar o atribuir responsabilidades individuales. En efecto, la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz ha fundado numerosas decisiones sobre beneficios, en parte, en informes referidos al contexto o al análisis de casos o redes de vínculos. Lo que debe garantizarse es que las partes tengan oportunidad de pronunciarse sobre su contenido y se valoren integralmente y de forma coherente con los demás elementos de juicio (párr. 45.2).

Las entrevistas contenidas en dichos informes son medios cognoscitivos a disposición de la justicia internacional y desarrollan el deber de los comparecientes de aportar la verdad. Dichas entrevistas pueden ser clasificadas como un elemento de contexto y contarán con vocación informativa suficiente para fundar las conclusiones de la JEP sobre la aplicación de las normas de beneficios transicionales. Asimismo, serán válidas como medios de prueba para fundar los factores material, temporal y personal que activan la competencia de la JEP. Para la realización de estas entrevistas no será indispensable la presencia del compareciente, pues es posible garantizar su derecho a la contradicción en la medida en que, en algún momento posterior, se le confiera la oportunidad de pronunciarse sobre lo declarado por la persona entrevistada (párr. 45.4).

La utilización de pruebas provenientes de otros procedimientos o de actuaciones realizadas ante cualquier jurisdicción o autoridad competente. Esta posibilidad se deriva del principio de permanencia de la prueba⁶³ y se reconoce en los artículos 19 y 38 de la Ley 1922 de 2018.⁶⁴ En los procedimientos en caso de ausencia de reconocimiento de la verdad, y de acuerdo con la norma recién citada, la validez de la prueba dependerá de que haya sido producida e incorporada de forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción.⁶⁵ En el resto de los casos habrá que tomar en cuenta el fin de procedimiento (si busca atribuir responsabilidades e imponer sanciones o si se trata de la concesión de garantías y beneficios transicionales) para determinar la validez del elemento cognoscitivo o probatorio.⁶⁶

Sin embargo, en ningún caso tendrán valor probatorio ante la JEP los informes elaborados por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV).⁶⁷ Consideramos que esto se fundamenta en que la CEV tiene carácter extrajudicial y, por tanto, la obtención y valoración de información sobre los hechos que ella realice no responde necesariamente a los requisitos del debido proceso.⁶⁸

También en relación con los principios probatorios encontramos el criterio de la *conexidad contributiva*,⁶⁹ que ayuda a establecer el vínculo entre un caso concreto y el conflicto armado, o bien entre una persona y un grupo armado, con lo cual se determina si se cumplen los factores necesarios (material o personal) para activar la competencia de la JEP. No consideramos que este criterio constituya un principio probatorio general, sino que más bien se ocupa de un tema preliminar o sea de los factores material o personal como presupuesto competencial de la JEP.⁷⁰

63 Con relación a este principio, vid. caso *Hernández Solarte*, Auto SRT-AE-059-2018, de 23 de octubre.

64 En cuanto a la prueba proveniente de otros procedimientos, vid. Bustamante Rúa, M. M. / Toro Garzón, L. O., "La prueba en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)", cit., pp. 343-345; Palomo, D./ Bustamante, M./ Toro, L./ Marín, J., "Estudio de la Prueba en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)...", cit., pp. 921-923.

65 En este sentido se expresa también el artículo 16 de la Ley 906 de 2004. En dicha línea debería exigirse que la prueba cumpla todos los requisitos constitucionales y legales tanto en relación con el procedimiento de origen como en cuanto a su incorporación ante la JEP. Cabe observar que, en relación con los procedimientos con reconocimiento de la verdad y responsabilidad, el artículo 38 de la Ley 1922 de 2018 parece relajarse y no exigir el estricto cumplimiento de tales requisitos, pero estimamos que, en cualquier caso, deben cumplirse los principios de legalidad y licitud de la prueba ya que incluso en estos procedimientos el resultado puede conllevar la imposición de medidas o sanciones que limiten los derechos fundamentales del procesado. Por tanto, conforme al art. 29 CPC, no debería otorgarse valor probatorio a aquellos medios de prueba o informaciones que hayan sido obtenidas vulnerando derechos fundamentales o violentando las garantías del debido proceso. Con relación a la incorporación de pruebas provenientes de otra jurisdicción, vid. caso *Char Navas*, Auto TP-SA-19-2018, de 21 de agosto.

66 Por ejemplo, en el caso *Pérez Castro*, Sentencia TP-SA-GNE-197-2020, de 7 de octubre, párr. 45.8.5; se establece con relación a los informes de la policía judicial que estos "deben tener, realmente, el valor que les concede la legislación procesal penal cuando se trata de trámites transicionales para la atribución de responsabilidades, pero nada se opone a que, en los demás procedimientos ante la JEP, en los que se conceden beneficios transicionales, se les otorgue el valor de documentos. La naturaleza documental de estos informes no implica que sea necesaria o presuntamente verdad lo que en ellos se declara, analiza, representa o expresa. El carácter de documento no releva al juez de su deber natural de interpretar los medios de prueba con arreglo a la sana crítica".

67 Se indica así en el art. 4 del Decreto 588 de 2017, de 5 de abril, por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición.

68 Téngase en cuenta que la CEV tiene objetivos diferentes a los de la JEP (art. 2 del Decreto 588 de 2017). Por otra parte, la CC explica otras consideraciones relevantes en la Sentencia C-017 de 2018, de 21 de marzo, M. P. Diana Fajardo Rivera, mediante la cual declaró la exequibilidad del art. 4 del Decreto 588 de 2017. Allí se indica que al negar valor probatorio a los informes de la CEV se disminuye la posibilidad de que los perpetradores se rehúsen a contribuir de manera efectiva en la construcción de la verdad, ya que se prohíbe que sus declaraciones sean usadas para investigarlos y sancionarlos. Asimismo, se reducen las posibilidades de que las víctimas eviten declarar dado que, si sus testimonios tuvieran efectos judiciales, existiría el peligro de que los responsables de los crímenes tomaran represalias en su contra. Con relación a estos aspectos, vid. Bustamante Rúa, M. M. / Toro Garzón, L. O., "La prueba en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)", cit., pp. 353-357; Palomo, D./ Bustamante, M./ Toro, L./ Marín, J., "Estudio de la Prueba en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)...", cit., pp. 935-939. Finalmente, debe considerarse que, a *contrario sensu*, las prueba practicadas ante la JEP sí podrán ser requeridas y consideradas por la CEV.

69 Regulado además en el art. 55 de la Ley 1922 de 2018.

70 Se analiza la conexidad contributiva en el caso *Quintero Durán*, Auto TP-SA 127/2019, 13.03.19.



En otra línea y en relación con el principio de *presunción de inocencia* y al derecho a no autoinculparse (arts. 29, 33 CPC) cabe preguntarnos si estos se quebrantan por el hecho de que en los procedimientos con reconocimiento de la verdad y responsabilidad el procesado deba aportar información relevante e incriminatoria sobre su caso. En este contexto, cabe recordar que el compareciente está ante una jurisdicción especial y transicional por lo cual, a cambio de recibir un tratamiento más favorable que el que le proporcionaría la justicia penal ordinaria, ha aceptado el compromiso de colaborar en la reconstrucción de la verdad y de la paz social. Sin embargo, el hecho de que la JEP sea un Tribunal de JT no implica que puedan omitirse las garantías reconocidas en la CPC y los tratados internacionales.⁷¹ Por tanto, deberá aplicarse y respetarse la presunción de inocencia de los intervinientes en todas las fases procesales.⁷²

4. Objeto, tema y carga de la prueba

A diferencia de los principios probatorios, el objeto, el tema y la carga de la prueba no aparecen expresamente recogidos en la Ley 1922 de 2018. Dicha norma es más bien parca en relación con la regulación de la prueba (vid. artículos 17 al 19). Por ello, y conforme la cláusula de remisión legal,⁷³ deberán aplicarse a estos asuntos las reglas del procedimiento penal ordinario,⁷⁴ siempre y cuando se ajusten a los principios rectores de la JT.⁷⁵

En primer lugar, el *objeto de la prueba* es una noción objetiva y abstracta que alude a aquello que debe probarse en general. Así, por ejemplo, en los procedimientos adversariales celebrados ante la JEP, en los que se puede hablar propiamente de partes, deberán probarse los hechos y circunstancias

⁷¹ Por ejemplo, art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Con relación a la presunción de inocencia ante la JEP, vid. Castro Cuenca, C./Martínez Vargas, J./ Quijano Ortiz, L., *Introducción a la Jurisdicción Especial para la Paz*, Ed. Tirant lo Blanch/Universidad del Rosario, Bogotá, 2021, pp. 236 y 237.

⁷² En este sentido, debe tenerse en cuenta que la aceptación de la autoría o participación por parte del compareciente, manifestada al presentar su versión voluntaria ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, tendrá valor de confesión conforme al art. 27 A de la Ley 1922 de 2018. Este reconocimiento no implica que se desvirtúe automáticamente la presunción de inocencia, como podría interpretarse de la lectura del artículo 1º, inciso f, de la citada ley, que establece que “en todas las actuaciones ante la JEP se observará el principio de presunción de inocencia; en consecuencia, nadie podrá considerarse responsable *a menos que así lo haya reconocido* o se haya demostrado su responsabilidad según el caso” (énfasis añadido). Es importante destacar que el reconocimiento de hechos y responsabilidad no supone automáticamente la condena del compareciente, sino que deberá ser verificado y contrastado por la JEP. Así, la SVR realizará dicha contrastación, pudiendo solicitar a las entidades que hayan presentado los informes o a otros órganos del Estado que aporten información adicional. También será posible ordenar la práctica de pruebas adicionales o solicitar a la UIA documentos o fuentes de investigación para complementar el estudio de los casos. Vid. Castro Cuenca, C./ Martínez Vargas, J./ Quijano Ortiz, L., *Introducción a la Jurisdicción Especial para la Paz*, cit., pp. 296 y 297. Todo ello será considerado nuevamente por la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz antes de dictar la resolución definitiva del caso (arts. 29 al 31 de la Ley 1922 de 2018).

⁷³ Vid. *Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH)*, Auto AI-026-2020, de 27 de noviembre, párrs. 14-16.

⁷⁴ Sin embargo, no hay una total precisión sobre la normatividad aplicable pues, si bien en el caso del procedimiento adversarial el artículo 40 de la Ley 1922 de 2018 exige la aplicación de la Ley 906 de 2004, no existen otras regulaciones ordinarias similares que señalen cuáles serán las disposiciones aplicables en la fase del proceso celebrada ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, ni en la Sección de Reconocimiento, ni en otros procedimientos especiales. Esto ha generado debates sobre la aplicación en esos eventos de las otras normas a las cuales remite el artículo 72, como la Ley 600 de 2000, la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) y la Ley 1592 de 2012 (que reformó la ley de Justicia y Paz), situación que afecta sin duda la seguridad jurídica.

⁷⁵ De acuerdo con el artículo 72 de la Ley 1922 de 2018. La cláusula de remisión legal viene recogida también en el artículo 62 de la Ley 975 de 2005 por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Cabe aclarar que, en el tema probatorio, el ordenamiento transicional no se complementa únicamente con las normas procesales penales, sino que también se remite a lo regulado en otros ordenamientos, por ejemplo, la Ley 1564 de 2012, de 12 de julio, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Vid. caso *Pérez Castro*, Sentencia TP-SA-GNE-197-2020, de 7 de octubre, párr 45.8.5. Asimismo, en relación con la legislación aplicable por reenvío, vid. Bustamante Rúa, M. M./Toro Garzón, L. O., “La prueba en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)”, cit., pp. 359-361.



alegados por estas, especialmente todo lo que ayude a determinar la existencia del hecho criminal y la atribución de responsabilidad a personas concretas, al menos que exista una prohibición legal expresa que lo impida.⁷⁶ Por supuesto, el objeto de prueba será más concreto en aquellos casos en los que el proceso tenga un objeto más limitado, por ejemplo, si se trata de resolver la concesión de la garantía de no extradición.⁷⁷

En segundo lugar, el *tema de prueba* deberá definirse en relación con cada proceso en particular,⁷⁸ de forma que no es posible establecer *a priori* un listado cerrado de hechos o circunstancias que podrían considerarse tema de prueba. En sentido amplio, y enfocándolo en todo caso como una enunciación no exhaustiva, podemos poner como ejemplo del tema de prueba –o si bien, del objeto concreto de prueba–⁷⁹ los temas de investigación recogidos en el artículo 11 de la Ley 1922 de 2018. Así pues, según proceda en cada caso, podrá probarse:

1. Las circunstancias geográficas, económicas, sociales, políticas y culturales en las cuales sucedieron los delitos de competencia de la JEP.
2. La estructura y el funcionamiento de la organización criminal, sus redes de apoyo, las características del ataque y los patrones macrocriminales.
3. El plan criminal.
4. La asociación entre casos y situaciones.
5. Las personas responsables.
6. Los hechos y las circunstancias sobre los crímenes más graves y representativos.
7. La identidad de las víctimas y las condiciones particulares que les ocasionen afectaciones diferenciadas.⁸⁰
8. Los móviles del plan criminal y en especial aquellos que comporten razones de discriminación por etnia, raza, género, orientación sexual, identidad de género, convicciones religión, ideologías políticas o similares.
9. Las rutas del narcotráfico y actividades ilícitas; bienes de los perpetradores y las organizaciones criminales.
10. Los demás temas que se estimen necesarios.

Asimismo, consideramos que funcionarán como temas de prueba todos aquellos elementos cuya concurrencia deba demostrarse para integrar los factores personal, material y temporal necesarios para determinar la competencia de la JEP en el caso concreto.⁸¹ No obstante, caber recordar que el

⁷⁶ Vid. Devis Echandía, H., *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*, 11ª ed., cit., t. II, pp. 39 y ss. Cfr. lo dicho en el apartado anterior sobre el principio de conducencia.

⁷⁷ Como sucede en los casos *Pérez Castro*, Sentencia TP-SA-GNE-197-2020, de 7 de octubre y *Hernández Solarte*, Auto SRT-AE-059-2018, de 23 de octubre. Ya que se analiza la Garantía de No Extradición, el objeto de prueba tendrá un enfoque más concreto, relacionado con los requisitos necesarios para la concesión de dicho beneficio.

⁷⁸ En relación con el tema de la prueba, véase el Salvamento de Voto de la Magistrada Gloria Amparo Rodríguez al Auto de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz 059/2018, referido al caso *Hernández Solarte*.

⁷⁹ Vid. Devis Echandía, H., *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*, cit., p. 44.

⁸⁰ Sobre la prueba necesaria para acreditar la condición de víctima, vid. *Caso No. 003, SRVR*, Auto de 6 de febrero de 2019.

⁸¹ El artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 establece los tres presupuestos de competencia de la JEP para su ejercicio jurisdiccional: (i) el temporal, circunscrito a las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016; (ii) el material, referido a los comportamientos perpetrados por causa, con ocasión o en relación directa o



tema de prueba es específico para cada procedimiento, de manera que los elementos antes referidos tienen una finalidad meramente ilustrativa, debiendo concretarse los temas de prueba en cada caso.

En tercer lugar, la *carga de la prueba* deberá analizarse tomando en cuenta el tipo de procedimiento que se celebre ante la JEP. Por un lado, cuando el procedimiento se realiza *con reconocimiento de responsabilidad*, el compromiso adquirido por el compareciente para colaborar en la reconstrucción de la verdad implica no solamente la narración de los hechos, sino que también deberá aportar elementos probatorios o de conocimiento que corroboren su versión de lo acontecido.⁸² Esto no conlleva una inversión de la carga de la prueba, ya que seguirá siendo el Estado quien presente el informe sobre el caso y que será puesto a disposición del compareciente con suficiente antelación antes de que brinde su versión voluntaria ante la SRVR. En este contexto, el reconocimiento de verdad y responsabilidad debe ser voluntario, libre, completo, detallado y exhaustivo; además, la información aportada por el compareciente será contrastada con el acervo probatorio, tanto por la SRVR como por la Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad del Tribunal para la Paz. Así pues, el compareciente no tiene la *carga* formal de aportar pruebas, pero, si quiere gozar del tratamiento especial que puede brindarle la JEP, deberá contribuir a la reconstrucción de la “verdad plena”⁸³ y, por tanto, le será favorable aportar los medios cognoscitivos que estén a su disposición.⁸⁴

Por otro lado, cuando el procedimiento se realiza *en ausencia de reconocimiento de verdad*, se aplicarán en relación con la carga de la prueba las reglas usuales del proceso penal; es decir que corresponderá exclusivamente a la acusación la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal, sin que esta pueda invertirse o relativizarse dicha carga.⁸⁵ El compareciente, en cambio, podrá demostrar los hechos que coadyuvan a su defensa.

5. El recurso a los “estándares probatorios”

(a) Consideraciones generales

Como se ha puesto de manifiesto en la primera parte de este estudio, uno de los aspectos probatorios que destaca especialmente en la práctica de la JEP es el recurso a los estándares probatorios como elemento orientador del juez para fijar como probados determinados hechos,⁸⁶ hechos que le permiten,

indirecta con el conflicto armado, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al DIH o graves violaciones de los derechos humanos, y (iii) el personal, que prevé un grupo definido de quienes participaron en el conflicto armado. La jurisprudencia de la JEP también se ha encargado de analizar cada uno de estos puntos. A modo de ejemplo podemos referir:

Sobre el factor temporal vid. caso *Delgado Rivadeneira*, Auto SAI-AOI-004-2018, de 27 de diciembre; caso *Pérez Castro*, Auto SRT-AE-043-2019, de 1 de octubre; caso *González Uribe*, Auto SAI-AOI-002-2018, de 9 de noviembre;

En relación el factor material vid. caso *Char Navas*, Auto TP-SA-19-2018, de 21 de agosto; caso *Castro Corredor*, Auto TP-SA-056-2018, de 23 de octubre; caso *Ashton Girado*, Auto TP-SA-020/2018, de 21 de agosto; caso *Pérez Castro*, Sentencia TP-SA-GNE-197-2020, de 7 de octubre; caso *Mongui Ibarra* Auto TP-SA-070/2018, de 27 de noviembre.

En cuanto al factor personal vid. caso *Correa*, Auto TP-SA103/2019, de 17 de enero; caso *Char Navas*, Auto TP-SA-19-2018, de 21 de agosto; caso *Andrade Cáceres*, Auto SRT-AE-086-2018, de 17 de diciembre; caso *Pérez Castro*, Sentencia TP-SA-GNE-197-2020, de 7 de octubre; caso *Ramírez Ramírez*, Resolución SAI-AOI-055-2018, 27 de diciembre; caso *Sierra Solano y Moreno Rojas*, Auto TP-SA-224-2019, de 11 de julio.

⁸² Antes de brindar su versión voluntaria ante la Sala de Reconocimiento, se le advertirá al compareciente que no está obligado a declarar contra sí mismo. Si bien la aceptación de la autoría o participación en los hechos en estos casos tiene valor de confesión, la Sala deberá contrastar los informes y las versiones voluntarias con el acervo probatorio (arts. 27A y 27B de la Ley 1922 de 2018). Adicionalmente, se realizará después la audiencia de verificación ante la Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad del Tribunal, en la cual se verificarán las condiciones de contribución a la verdad y a la reparación en el marco del SIVJNR (art. 30 de la Ley 1922 de 2018).

⁸³ Como se aprecia en *Díaz Narvaez*, Resolución SDSJ-4978-2020, de 17 de diciembre, párrs. 89-90;

⁸⁴ Cfr. Gaitán Reyes, J., “El debido proceso: La carga de la prueba...”, cit., p. 176-180.

⁸⁵ Arts. 1.b, 35 y 40 de la Ley 1922 de 2018, en relación con el art. 7 de la Ley 906 de 2004. Por su parte, el acusado podrá presentar pruebas exculpatorias, interrogar a los testigos y, en general, tendrá derecho a contradecir la prueba que se presente en su contra.

⁸⁶ Como afirma Prütting, H., “Carga de la prueba y estándar probatorio: La influencia de Leo Rosenberg y Karl Heinz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio”, *Revista Ius et Praxis* 2016, núm. 1, p. 456, los estándares



por ejemplo, afirmar su competencia. Ahora bien, la utilización de los estándares probatorios no es algo exclusivo de la JEP, sino es típico en el marco de la justicia penal.

El estándar probatorio permite establecer qué grado de persuasión o de convencimiento respecto de las pruebas practicadas es necesario para tomar una decisión,⁸⁷ qué grado de probabilidad se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera y formular criterios objetivos que indiquen cuándo se alcanza ese grado de probabilidad exigido; en definitiva, se debe explicar cuándo la prueba practicada es suficiente para declarar probado un hecho y, finalmente, dictar una sentencia o tomar otro tipo de decisión. La relación entre los estándares probatorios con la valoración, la carga de la prueba y con la idea de probabilidad y certeza es, pues, evidente;⁸⁸ relación en la que no podemos, sin embargo, entrar en más detalle aquí.⁸⁹

Podríamos decir que los estándares probatorios responden a reglas que permiten al juez tomar la decisión más ajustada a los hechos tenidos como probados, presentándose como reglas de decisión; decisión para la cual el tribunal debe tomar en consideración las distintas reglas de valoración de la prueba que el ordenamiento prevea. Cumplen estos estándares una doble función: Facilitan el ejercicio de la función jurisdiccional, particularmente del juzgar por parte de los tribunales, es decir, de la aplicación del derecho objetivo al caso concreto en función de la prueba práctica y el convencimiento alcanzado con la misma; y permiten minimizar los errores en el enjuiciamiento de los hechos.⁹⁰

Ferrer Beltrán⁹¹ apunta las notas que deben concurrir en un estándar probatorio para que éste sirva como criterio racional de decisión sobre la prueba: a) Evitar vincular la prueba con las creencias del juzgador, con sus convicciones personales o dudas internas; b) Ser suficientemente preciso para hacer posible el control subjetivo de su aplicación, es decir, el control por los jueces o tribunales de instancia superior y c) Dar preferencia a los errores negativos frente a los positivos, lo que supone la clara preferencia por las absoluciones erróneas frente a las condenas erróneas.

Como ocurre en otros puntos que hemos tratado, también en esta cuestión los ordenamientos que se encuadran en el sistema de *common law* y en el *civil law*, entendido como tipos ideales, presentan sus diferencias, consecuencia de su distinta concepción de la prueba, en tanto que en los últimos concurre la subjetividad del juzgador, frente a la objetividad que buscan los primeros.⁹² En

probatorios alcanzan su trascendencia como consecuencia del gradual reemplazo del sistema de la prueba tasada por el de libre valoración.

- 87 Guzmán, N., "La teoría del estándar objetivo de prueba y el garantismo penal: Dos perspectivas antagónicas sobre el proceso penal", *Jueces para la democracia* 2018, núm. 92, p. 85, indica que "desde hace más de una década viene desarrollándose una teoría de la valoración de la prueba que podríamos denominar *teoría del estándar objetivo de prueba*, la cual tomó impulso a partir de los estudios del epistemólogo norteamericano Larry Laudan ... " (*Truth, Error, and Criminal Law*, 2006; en castellano *Verdad, error y proceso penal*, 2013). En dicha obra, el estándar de prueba se entiende como "el umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido probada" convirtiéndose así en "mecanismo para la distribución de errores de la sentencia". Rivera Olarte/Rojas, "Estudio interdisciplinario sobre los sistemas de valoración y estándares probatorios en el derecho procesal colombiano, DIXI 2019, núm. 30, pp. 41 y ss, considera los estándares probatorios modulan el nivel de certeza que debe alcanzar el juez para dar por verdaderos ciertos presupuestos fácticos.
- 88 Bustamante Rua, M.M., "La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano", *Opinión Jurídica* 2010, vol. 9, núm. 17, p. 76; Reyes Molina, S., "Estándares de prueba y «moral Hazard»", *Nuevo Derecho*, vol. 11, núm., 16, 2015, p. 23 lo define como "herramienta legal que contiene los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho"; de forma similar se define por Murphy, P., *Murphy on Evidence*, (15 ed.), Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 124 como "medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos".
- 89 De gran claridad, De Sousa Mendes, P., "El estándar de prueba y las probabilidades: una propuesta de interpretación inspirada en el derecho comparado", en Ambos, K/Malarino, E (Dirs.), *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*, Ed. Tirant lo Blanch-Cedpal, Valencia 2019, pp. 127 y ss.
- 90 Sobre esta última función, v., De Sousa Mendes, P., "El estándar de prueba y las probabilidades: una propuesta de interpretación inspirada en el derecho comparado", en Ambos, K/Malarino, E (Dirs.), *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*, cit., pp. 133 y 134.
- 91 Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 47 y 146 y ss.
- 92 De Sousa Mendes, P., "El estándar de prueba y las probabilidades: una propuesta de interpretación inspirada en el derecho comparado", en Ambos, K/Malarino, E (Dirs.), *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*, cit., pp. 127 y ss.



este sentido, no debemos perder la perspectiva de que no pocas de las manifestaciones de la JT han combinado, o intentando combinar, rasgos de ambos sistemas.⁹³

En este sentido, los sistemas del *common law*, con los EE. UU. (con su variedad de sistemas) como más importante representante en la actualidad, parten, a su vez, de una clara distinción entre el proceso civil y el proceso penal. El criterio de partida es el llamado *preponderance of probabilities* (o, *balance of probabilities*, opción elegida por el derecho inglés) según el cual, pese a la dificultad para concretarla, la regla general es que se considere probado aquello que es más probable que lo contrario. Si bien en el proceso civil este umbral de la preponderancia admite matizaciones al alza o a la baja, en el caso del proceso penal se acude al más alto estándar posible, por la especial trascendencia de los bienes e intereses en juego. Así se acude a la conocida expresión “más allá de toda duda razonable” (*beyond any reasonable doubt, BARD*).⁹⁴ Ahora bien, junto con este criterio directriz, aplicable a la decisión de fondo y a aquellas decisiones de mayor trascendencia en el proceso penal, también tiene un importante peso el criterio de la causa probable (*probable cause*), largamente consolidado para tomar no pocas decisiones en el desarrollo del proceso, como las referidas a la detención, la práctica de entradas y registros o actos de investigación similares.

En contraste con ello, los sistemas continentales europeos aplican, y sin entrar en distinciones entre los procesos civil y penal, unos estándares en virtud de los cuales la condena –en ambos casos– sólo puede ser consecuencia de la *íntima convicción* del juzgador. Ello, no obstante, encontramos también en estos sistemas modulaciones a este estándar. Así, ciertas decisiones adoptadas por los tribunales responden realmente a un criterio de preponderancia (más probable que menos), decidiéndose en base a un principio de prueba (por ejemplo, para fijar la competencia del tribunal) o *prima facie*;⁹⁵ y ello, tanto en el proceso civil, donde es más evidente, como en el penal, por ejemplo, la decisión sobre la adopción de un archivo provisional (v., por ejemplo, el art. 641 Ley de Enjuiciamiento Criminal española).

(b) Aplicación por la JEP

A la luz de lo dicho, lo realmente importante es establecer qué estándar probatorio se exige para ciertas decisiones que se adoptan a lo largo del proceso. En el análisis realizado en la primera parte de este estudio, centrada en la jurisprudencia de la JEP al respecto, se puede constatar como dichos criterios se van modulando en función de la decisión a tomar. La propia CC ha reconocido la necesidad de flexibilización de estos criterios en atención al contexto y naturaleza de la controversia a resolver (Sentencia núm. 636 de 2015).⁹⁶

“Sin duda, la complejidad de la reconstrucción de los hechos por virtud de la degradación del conflicto y la barbarie de los métodos utilizados en la ejecución de las conductas (descuartizamiento, fosas comunes), sumado a las dificultades de huella histórica de muchos hechos, por deficiencias en el registro civil

93 Lo mismo pasa con el derecho procesal penal internacional que podríamos considerar como marco teórico de la JT, cf. Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Vol. III: International Criminal Procedure*, OUP 2016, pp. 1 y ss., 660 y ss.

94 Abel Lluch, X., “La dosis de prueba: Entre el common law y el civil law”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm., 35, 2012, p. 181 indica que este estándar (dosis) de prueba se ha expresado o reconocido también con la expresión, acuñada por el Juez Lord Goddard Jr, “*satisfied so that you feel sure*” o “*sure of guilt*”, quien afirmó: “If a jury is told that it is their duty to regard the evidence and see that it satisfies them so that they can feel sure when they return a verdict of guilty, that is much better than using the expression ‘reasonable doubt’ and I hope in future that will be done”. TARUFFO, M., “Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial”, *Justicia Electoral* 2005, núm. 20, p. 69 indica: “Como ya se ha señalado, el estándar de prueba que es típico del proceso penal (y que no se adopta en ningún tipo de proceso civil) es el de la prueba más allá de toda duda razonable. Este tiene su origen en la historia del proceso penal inglés y posteriormente se reafirma repetidamente hasta convertirse en la regla fundamental del proceso penal estadounidense (aunque también existen fuertes tendencias hacia la aplicación de este mismo criterio en otros ordenamientos como, por ejemplo, en Italia)”.

95 FRISCH, W., “Libre valoración de la prueba y estándar probatorio. Fundamentos históricos y de teoría del conocimiento”, en *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania: Segunda y Tercera Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana* (coord. por Ambos, Böhm y Zuluaga), Göttingen University Press – CEDPAL, 2016, pp. 69 y ss.

96 Sentencia su636/15, de 7 de octubre, M. P. María Victoria Calle Correa, que a su vez se refiere a la sentencia del 12 de mayo de 2009, M.P. Augusto José Ibáñez Guzmán, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

(nacimientos, defunciones), en los registros notariales y mercantiles, por los permanentes movimientos de las comunidades desplazadas, entre otras y tantas dificultades, obliga a exámenes de contexto y a la flexibilización de los umbrales probatorios, no solo respecto de la comprobación del relato del postulado, sino, sobre todo, del daño causado, el que deberá acreditarse con medios propios de la justicia transicional.”

Pues bien, como hemos reflejado en la primera parte de este estudio, la JEP utiliza un triple estándar: bajo, medio o alto. Se modula, así, la intensidad del convencimiento del órgano jurisdiccional atendiendo a la fase procesal en que se tenga que tomar dicha decisión (investigación de los hechos o enjuiciamiento de los mismos) y la decisión misma a tomar (competencia de la JEP, beneficios provisionales, decisión final atribuyendo o no la responsabilidad penal).⁹⁷

Al primero de ellos, al test de *intensidad baja o leve*, se acude para tomar la primera de las decisiones a adoptar, la referida a la competencia de la JEP, en tanto que se entiende que no puede, en estos momentos iniciales exigir una intensidad mayor si se quiere realmente cumplir los principios de actuación de la JEP; es decir, se utiliza un criterio de “admisión” de su competencia, evitando una interpretación demasiado exigente de los criterios que determinan la misma. Desde el llamado criterio de la inferencia razonable debe analizarse la concurrencia de los elementos personales materiales y temporales de su competencia, evitando así mayores obstáculos en el acceso de los asuntos a esta jurisdicción.⁹⁸ El test de intensidad *media* conlleva un análisis de la prueba en que tampoco se exige un total convencimiento del tribunal, sino un “aceptable grado de persuasión”. Este criterio es el utilizado, como se indicó en la primera parte de este estudio, para determinar la competencia para conceder o no el beneficio de libertad condicionada.⁹⁹ La decisión final debe responder a los *más altos* criterios de intensidad y convencimiento probatorio, no pudiendo aquí modularse bajo ningún concepto el más allá de toda duda razonable. Ahora bien, esta alta intensidad se exige también para decisiones tan trascendentes como la concesión de una amnistía.¹⁰⁰

La exigencia de esta alta intensidad debe valorarse positivamente cuando se trata de las decisiones trascendentales a adoptar en un proceso penal, determinantes de la absolución o condena del sujeto o la concesión de privilegios como una amnistía o indulto, en tanto que supone la renuncia del Estado a someter al sujeto a su *ius puniendi*. Con todo, no debemos olvidar que a lo largo del proceso penal se adoptan decisiones de especial trascendencia, para el enjuiciado –pero también para las víctimas– en que debe también exigirse dicho estándar. Más dudas nos asaltan respecto a la suficiencia de un criterio de intensidad media para la adopción de las medidas cautelares, pues la privación de libertad que conllevan, sin una condena, genera más reparos.

⁹⁷ Así se reitera claramente en los casos *Castro Corredor*, Auto TP-SA-056-2018, de 23 de octubre, párr. 23; *Fernández Santodomingo* Auto TP-SA-068-2018, de 21 de noviembre, párr. 27-30; *Mongui Ibarra* Auto TP-SA-070-2018, de 27 de noviembre, párr. 26; *Ramírez Ramírez*, Resolución SAI-AOI-005-2018, de 27 de diciembre, párr. 53; *Beltrán Linares*, Auto TP-SA-11-2019, de 13 de febrero, párr. 28; *Ruales Toro y Marín Arboleda*, Auto TP-SA-219-2019, de 4 de julio, párr. 14; *Sierra Solano y Moreno Rojas*, Auto TP-SA-224-2019, de 11 de julio, párr. 12.

⁹⁸ Así, por ejemplo, los casos 003, SRVR, Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 11, respecto a la acreditación de la condición de víctima, o *Castro Corredor*, Auto TP-SA-056-2018, de 23 de octubre, párr. 25.

⁹⁹ Puede consultarse en la parte primera los casos *Sierra Solano y Moreno Rojas*, Auto TP-SA-224-2019, de 11 de julio, párr. 12; *Mongui Ibarra* Auto TP-SA-070-2018, de 27 de noviembre, párr. 23; *Beltrán Linares*, Auto TP-SA-11-2019, de 13 de febrero, párr. 28; *Ruales Toro y Marín Arboleda*, Auto TP-SA-219-2019, de 4 de julio, párr. 14.

¹⁰⁰ Casos *Ramírez Ramírez*, Resolución SAI-AOI-005-2018, de 27 de diciembre, párr. 53; *González Uribe*, Auto SAI-AOI-002-2018, de 9 de noviembre, párr. 76.



Conclusiones

1. El Acuerdo Final para la Paz configura la JEP como una Jurisdicción especial cuyas notas definitorias se pueden resumir en las siguientes: el especial papel de las víctimas y, consecuentemente, la preferencia por la justicia restaurativa frente a la retributiva; los especiales efectos del reconocimiento de la responsabilidad penal del victimario; la apuesta por el principio dialógico y la particular configuración del principio de oportunidad.

La actuación de la JEP, para cumplir con los fines de JT, se fundamenta -procedimentalmente- en el *principio* autocalificado de *dialógico*, como alternativa al principio adversarial (en Colombia normalmente mal-llamado “acusatorio”)¹⁰¹ que inspira la (reformada) jurisdicción penal ordinaria. A través del principio dialógico se pretende articular la intervención de las *víctimas* y comparecientes ante la JEP, si bien la realidad práctica puso de manifiesto que la intervención de las víctimas era limitada, lo que ponía en cuestión ese pretendido papel protagonista.

Si bien originalmente parecía que esta participación de la víctima no tenía la intensidad pretendida, prácticamente limitada a la lectura de informes,¹⁰² actualmente las formas en que las víctimas participan pueden considerarse más satisfactorias. La JEP, ante la insuficiencia de previsiones legales al respecto, ha introducido mecanismos que permiten dar audiencia a la víctima. Así, por ejemplo, desde la emisión del Auto 080 de 2019 de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas¹⁰³, las víctimas están participando en las versiones voluntarias de los macrocasos, en los casos territoriales se han establecido salas espejo para la participación de las víctimas desde los territorios, y también se les ha dado la oportunidad de presentar observaciones y demandas de verdad, ampliando su participación.

Entre las notas definitorias en que se basa la actuación de la JEP, y que se desarrollan en el apartado II.1 de este estudio, no encontramos una referencia expresa a particularidades en materia de prueba. ¿Significa esto que no son necesarias o, cuanto menos, no convenientes? Como se refleja en las páginas previas, la Ley 1957 de 2019 sí contiene previsiones concretas en materia de prueba, si bien debemos cuestionarnos si dichas reglas tienen carácter especial y si son necesarias para cumplir con las finalidades de la JEP. La pregunta de fondo es si una jurisdicción especial es más adecuada que la jurisdicción ordinaria para dar una respuesta satisfactoria al fenómeno de macrocriminalidad en el marco de un proceso posconflicto transicional.

2. Un aspecto esencial en la regulación del procedimiento y actuación de la JEP es el referido a las *facultades materiales y procesales* que debe tener el tribunal. En la configuración de estas facultades debe partirse de que una de las finalidades de este proceso -como en general del proceso penal- es la búsqueda y el esclarecimiento de la verdad. Esto implica que el tribunal no puede ser un “mero convidado de piedra”, siendo necesario otorgarle ciertas facultades de dirección del proceso, particularmente en materia de prueba.

¹⁰¹ Sobre el significado del término “acusatorio” desde una perspectiva histórica cf. AMBOS, K., “El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica” en BACHMAIER, L. (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2008, pp. 49 y ss.

¹⁰² A modo de ejemplo, nos encontrábamos ante macroprocesos en que se veían involucradas un muy elevado número de víctimas, cuya participación real en el proceso se articulaba a través de una representación colectiva y cuyas declaraciones se unían en informes escritos -en vez de declaraciones orales- que son los que “leía” el Tribunal para conocer su versión de los hechos. Esta aparente distorsión entre, por un lado, la pretensión de esta jurisdicción y las respectivas expectativas de las víctimas y, por otro lado, la realidad de su actuación, podía llevar a la insatisfacción de este colectivo con la actuación de la JEP.

¹⁰³ Auto SRVR 080-2019, de 28 de mayo, párrs. 19 y ss y 34 y ss.

Así, sin perjuicio de que se afirme su excepcionalidad en el caso del procedimiento adversarial o su generalidad en el caso del procedimiento dialógico, debe valorarse positivamente la posibilidad de que el tribunal, para alcanzar la verdad, pueda introducir prueba de oficio; en particular si atendemos a la complejidad de estos procesos, así como la cantidad de procedimientos que se están celebrando ante la JEP.

No podemos desconocer que los magistrados (auxiliares) de la JEP deben analizar una ingente cantidad de información y de no poca dificultad, por ejemplo, información judicial, administrativa, de investigaciones internacionales, informes realizados por organismos no jurisdiccionales, como por ejemplo los provenientes de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad. Sin perjuicio de que el juzgador deba tomar en consideración las alegaciones y documentos aportados por las partes, la complejidad de los asuntos a resolver recomienda no limitar las facultades del Tribunal para “salir a buscar la verdad”, particularmente en los supuestos en que ha habido un reconocimiento de responsabilidad, pues eso es además lo que la sociedad le requiere. Estas facultades, obviamente, no deben permitir al tribunal alterar los hechos y pruebas presentados por las partes.

En resumen, entonces, consideramos justificado, dada la complejidad de los asuntos y la carga documental que conlleva, este aumento de facultades de dirección del proceso, para una mejor gestión del mismo y, en última instancia, poder cumplir con la finalidad de alcanzar la verdad.

3. En los procesos que se sustancian ante la JEP deben aplicarse aquellos principios que se derivan del *derecho constitucional a presentar prueba*. Entre ellos destaca el principio de *libertad probatoria*, que permite a las partes probar valiéndose de todos los medios contemplados en la legislación y la jurisprudencia colombianas. Por un lado, esta libertad merece una valoración positiva, ya que favorece las posibilidades de defensa y contradicción, así como la reconstrucción de la verdad que tanta importancia tiene para la reparación de las víctimas y de la sociedad. No obstante, por otro lado, es necesario formular una advertencia con relación a la aplicación de dicho principio, ya que permite allegar al proceso una gran variedad de fuentes probatorias y medios cognoscitivos, muchas veces obtenidos en otros procesos -tanto judiciales como administrativos- o incluso en otros países, por lo cual es difícil saber si en su obtención u origen se han respetado las debidas garantías procesales.

Por ello, consideramos que el principio de libertad probatoria no debería entenderse como una facultad absoluta e ilimitada para proponer prueba. Más bien, de conformidad con el uso que vaya a darse a los diferentes medios cognoscitivos y probatorios, deberá tomarse en cuenta una serie de requisitos o parámetros para determinar qué valor probatorio puede atribuirse a cada uno de ellos. En este sentido, debería entenderse que la libertad probatoria está limitada por los requisitos de admisibilidad de la prueba y, además, está sujeta al posterior control judicial que ejercerá el juzgador al valorar cada uno de los medios de prueba.

Al hablar de requisitos o criterios de admisibilidad nos referimos a aquellos que aparecen en el artículo 38.A, número 2, de la Ley 1922 de 2018 (legalidad, pertinencia, conducencia, necesidad y utilidad);¹⁰⁴ sin perjuicio de otros que se deriven de la legislación procesal ordinaria, la jurisprudencia y, por supuesto, de la Constitución y los tratados internacionales. La prueba propuesta deberá cumplir estos requisitos o, de lo contrario, podría ser impugnada, especialmente en los procesos en caso de ausencia de reconocimiento de verdad, como se desprende del artículo recién citado.

Otra manera de garantizar la calidad de la prueba es el control que ejercerán los Magistrados de la JEP, principalmente al momento de realizar la *valoración de la prueba*. En este sentido, la valoración implica que el juzgador evalúe la prueba, tomando en cuenta los medios de prueba específicos y además el conjunto de los mismos. Se constatará nuevamente el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, así como la fiabilidad y relevancia de cada prueba. Además, el juzgador deberá determinar cuáles alegaciones han quedado demostradas, empleando los estándares probatorios correspondientes, aplicará las reglas de la carga de la prueba y, finalmente, decidirá si se ha desvirtuado o no la

¹⁰⁴ Castro Chillambo, Auto SRT-AE-001-2020, de 13 de enero de 2020 párrs. 22 a 24.



presunción de inocencia. Este proceso racional quedará plasmado en la motivación de la resolución que se dicte. Las partes podrán, a través de ella, saber cuáles pruebas han sido valoradas y en qué sentido. Esto les permitirá formular e interponer recursos, en caso que consideren que alguna prueba fue indebidamente valorada o excluida.

En aquellos casos en que se trate de un proceso con reconocimiento de responsabilidad, consideramos que sería posible poner de manifiesto la falta de cumplimiento de los requisitos de la prueba en los momentos procesales indicados en los artículos 27 A, 27 B, 29 y 30 de la Ley 1922 de 2018, de manera que se garantice que, al dictarse la respectiva sentencia, ésta se basará en pruebas que cumplan los requisitos legalmente establecidos.

Partiendo de estas consideraciones, es posible observar cómo la valoración de la prueba por parte de los magistrados de la JEP funcionará como un filtro para que, cuando se trate de determinar la responsabilidad penal del compareciente, se utilice únicamente aquella prueba que haya sido obtenida y practicada en consonancia con las garantías y los principios procesales básicos.

Finalmente, existe una tercera vía para verificar el cumplimiento de los requisitos y las normas probatorias. Además del control que se realiza al admitir y valorar la prueba, será posible impugnarla a través de los recursos, especialmente el recurso de apelación, que procede en los casos en que se decretan o deniegan pruebas (art. 13, números 9 y 10, de la Ley 1922 de 2018) así como para impugnar las sentencias dictadas por la JEP.

En síntesis, el principio de libertad probatoria no puede interpretarse tan ampliamente como para pretender que “toda” o “cualquier” prueba deba ser aceptada y valorada por la JEP. El control de la legalidad y la calidad de la prueba será esencial para garantizar que se celebra un debido proceso y para lograr la efectividad de la justicia impartida por la JEP.

4. En el ámbito de la JEP, la *presunción de inocencia* debe respetarse como garantía procesal fundamental consignada en la Constitución y en los Tratados Internacionales. El hecho de que la JEP sea una jurisdicción especial transicional no puede utilizarse para justificar alteraciones o matizaciones de esta relevante garantía (o de otras de la misma importancia).

Este aspecto cobra especial importancia en los procesos con reconocimiento de la responsabilidad. Incluso en estos casos, en los que existe una confesión por parte del compareciente, la JEP deberá verificar el contenido de la misma, contrastando la verdad y responsabilidad reconocidas con la prueba de cargo existente. En otras palabras, el reconocimiento de responsabilidad no implica que automáticamente se haya desvirtuado la presunción de inocencia; idea que podría desprenderse de una interpretación literal del art. 1º, letra f, de la Ley 1922 de 2018. En definitiva, para desvirtuar la presunción de inocencia y condenar al sujeto, se exige una real actividad probatoria de cargo.

5. A pesar de la trascendencia del derecho probatorio la Ley 1922 de 2018 es muy parca en cuanto a su regulación: reglas explícitas solamente se contienen en los arts. 17 a 19, sin perjuicio de referencias concretas a lo largo del articulado, por ejemplo en los arts. 38 y 40. Por ello, la JEP, en la práctica, se ha visto obligada a aplicar la cláusula de remisión normativa (art. 72 de la Ley 1922 de 2018 y art. 62 de la Ley 975 de 2005), que le permite aplicar –en lo no previsto expresamente en su normativa– la regulación procesal penal ordinaria, así como los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de la propia JEP.

Esto merece dos consideraciones. La primera es que la utilización del término “complementariedad” en este contexto se presta a confusión, pues este término describe la relación entre jurisdicciones nacionales y la CPI (ver art. 17 Estatuto de Roma de la CPI).¹⁰⁵ Por lo tanto, sería más claro usar el término “subsidiariedad” para expresar que el derecho procesal ordinario, sin perjuicio de la obligada vinculación a la jurisprudencia constitucional, se aplica subsidiariamente.

¹⁰⁵ Véase recientemente, AMBOS, K., “El retorno de la complementariedad positiva”, en *Almacén de Derecho*, 21 de noviembre de 2021, disponible en <https://almacendederecho.org/el-retorno-de-la-complementariedad-positiva>.

Aparte de esta cuestión terminológica, por cierto, menos importante, la segunda consideración nos lleva a cuestionarnos la conveniencia de que –por su trascendencia– las reglas más importantes en materia probatoria a aplicar por la JEP se incluyeran en la norma reguladora del procedimiento, para no tener que acudir a reglas fuera del propio cuerpo normativo de la JEP. Desde una perspectiva de técnica legislativa y por seguridad jurídica, hubiera sido más conveniente incluir en la norma procedimental específica de la JEP las reglas probatorias más importantes. Sin embargo, al mismo tiempo somos conscientes que una regulación excesivamente detallada podría también ser poco operativa a reducir demasiado la flexibilidad de los magistrados.

6. El elemento probatorio clave en la JEP es la utilización que se hace de los *estándares probatorios* como instrumento para orientar al juzgador en la valoración de la prueba y tener por fijados o probados determinados hechos. Si bien podemos preguntarnos si no existe un cierto abuso o confianza excesiva por la JEP en estos estándares, lo cierto es que tampoco su utilización es exclusiva de esta jurisdicción especial, sino que también los tribunales ordinarios, tal vez sin tanto énfasis o mención expresa en sus resoluciones, hacen uso de los mismos, atendida su finalidad.

Sin cuestionarnos, por tanto, la utilidad de estos estándares, sí es importante reflexionar sobre si la modulación concreta que de los mismos se hace por la JEP puede ser mejorable. Es decir, si la asignación de los distintos niveles probatorios a las resoluciones que la JEP debe ir adoptando en el desarrollo del procedimiento –detallado en el apartado II.5 de este estudio– es la más adecuada desde la perspectiva de las garantías del proceso debido. El ejemplo de las medidas cautelares es suficientemente claro: Cuando está en juego la limitación de la libertad de una persona, ¿es admisible un estándar medio? ¿Es predicable el mismo estándar para este caso que para una privación de bienes? Creemos que estos estándares deberían modularse en función de lo gravoso de la resolución a adoptar y de la intensidad con que afecte a los derechos fundamentales de la persona, huyendo de una aplicación cuasi-automática de los mismos.



Literatura citada

- ABEL LLUCH, X., "La dosis de prueba: Entre el *common law* y el civil *law*", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm., 35, 2012, pp. 173-200
- ACEVEDO PÉREZ, C./ARIZA CIFUENTES, L./BERNAL IBÁÑEZ, D./ et al., "La prueba de contexto en la justicia transicional", *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo - ICDP*, no. 4, enero-junio 2016, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, pp. 41-71
- AMBOS, K., *El marco jurídico de la Justicia de Transición*, Bogotá, Temis 2008
- AMBOS, K., "El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica" en BACHMAIER, L. (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2008, pp. 49-72
- AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Vol. III: International Criminal Procedure*, OUP 2016
- AMBOS, K., 'Transitional Justice in Kolumbien: Völker(straf)recht und Amnestie(n)', en: E. Hoven/M. Kubiciel (coords.), *Zukunftsperspektiven des Strafrechts, Symposium zum 70. Geburtstag von Thomas Weigend*, Baden Baden, Nomos 2020
- AMBOS, K., "El retorno de la complementariedad positiva", en *Almacén de Derecho*, 21 de noviembre de 2021, disponible en <https://almacenederecho.org/el-retorno-de-la-complementariedad-positiva>
- AMBOS, K./ABOUELDAHAB, S., ¿La JEP no significa impunidad! Mitos, percepciones erróneas y realidades sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, *Policy Brief* núm. 6, Instituto Colombo-Alemán para la Paz - CAPAZ, Bogotá 2020, Bogotá 2020, disponible en https://cedpal.uni-goettingen.de/data/publicaciones/2020/Ambos_Aboueldahab_Policy_Brief_2020.pdf
- ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?*, Ed. Marcial Pons, Barcelona 2012
- AAVV, *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio*, traducción de la obra ISRAEL, J.H. /KAMISAR, Y. / LaFAVE, W.R. / KING, N.J., *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, Ed. Thomson-West, St. Paul MINN 2011, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012
- AAVV, *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013
- BUSTAMANTE RUA, M.M., "La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano", *Opinión Jurídica* 2010, vol. 9, núm. 17, pp. 71-94
- BUSTAMANTE RÚA, M. M. / TORO GARZÓN, L. O., "La prueba en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)", en AGUDELO MEJÍA, D. A. (coord.), *La prueba: teoría y práctica*, Universidad de Medellín, 2019, pp. 333-366
- CASTRO CUENCA, C. / MARTÍNEZ VARGAS, J. / QUIJANO ORTÍZ, L., *Introducción a la Jurisdicción Especial para la Paz*, Ed. Tirant lo Blanch / Universidad del Rosario, Bogotá, 2021
- COTE BARCO, G.E., "El carácter dialógico del proceso con reconocimiento de responsabilidad ante la Jurisdicción Especial para la Paz: retos del derecho penal en contextos de justicia transicional", *Universitas*, vol. 69, 2020 (<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.cdpr>).
- DAMAŠKA, M., *Evaluation of Evidence. Pre-Modern and Modern Approaches*, Cambridge, 2019
- DE GAMBOA, C., *El papel de la justicia restaurativa en el Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación y No repetición Colombiano*, *Policy Brief* núm. 6, Instituto Colombo-Alemán para la Paz - CAPAZ, Bogotá 2020, Bogotá 2020, disponible en <https://www.instituto-capaz.org/wp-content/uploads/2020/08/Policy-Brief-Azul-6-2020-v3.pdf>

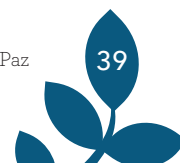
- DE SOUSA MENDES, P., "El estándar de prueba y las probabilidades: una propuesta de interpretación inspirada en el derecho comparado", en AMBOS, K/MALARINO, E (Dirs.), *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*, Ed. Tirant lo Blanch-Cedpal, Valencia 2019, pp. 127-156
- DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*, 11ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 2012
- FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2007
- GAITÁN REYES, J., "El debido proceso: La carga de la prueba en el proceso jurisdiccional transicional en Colombia", *Revista Diálogos de Saberes*, no. 46, enero-junio 2017, pp. 161-185
- FRISCH, W., "Libre valoración de la prueba y estándar probatorio. Fundamentos históricos y de teoría del conocimiento", en *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania: Segunda y Tercera Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana*, (Coord. por Ambos, Böhm y Zuluaga), Göttingen University Press - CEDPAL, 2016, pp. 53-82
- GASCÓN INCHAUSTI, F., "Características de los grandes sistemas de investigación penal del derecho comparado", *Cuadernos Digitales de Formación*, 4/2011, pp. 1-25
- GÓMEZ COLOMER, J.L., "Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: pros y contras del modelo", *Revista Penal* núm. 20, julio 2007, pp. 74-88
- GÓMEZ COLOMER, J.L., "El proceso penal adversarial. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio", Ed. Ubijus, México, 2012
- GUZMÁN, N., "La teoría del estándar objetivo de prueba y el garantismo penal: Dos perspectivas antagónicas sobre el proceso penal", *Jueces para la democracia* 2018, núm. 92, pp. 85-99
- MEDINA AGUILAR, C., "La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): Claridades e incertidumbres de un modelo innovador de justicia transicional", *Cuadernos de Estrategia*, núm. 189, 2017, pp. 221-232
- MIRANDA ESTRAMPES, M., "Iniciativa probatoria ex officio del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?)", *Anuario Alerta Informativa* 2013 (Perú)
- MONTERO AROCA, J., "El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual," en *Revista Justicia* 92, núm. IV, pp. 775-778
- MURPHY, P., *Murphy on Evidence*, (15 ed.), Oxford University Press, Oxford, 2017
- PALOMO, D./ BUSTAMANTE, M./ TORO, L./ MARÍN, J., "Estudio de la Prueba en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) desde el debido proceso probatorio", *Política Criminal*, vol. 15, no. 30, diciembre 2020, art. 13, pp. 907-946
- PARRA QUIJANO, J., *Manual de Derecho Probatorio*, 18ª ed., Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2014
- PRÜTTING, H., "Carga de la prueba y estándar probatorio: La influencia de Leo Rosenberg y Karl Heinz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio", *Revista Ius et Praxis* 2016, núm. 1, pp. 447-464
- REYES MOLINA, S., "Estándares de prueba y «moral Hazard»", *Nuevo Derecho*, vol. 11, núm., 16, 2015, pp. 15-35
- RIVERA OLARTE/ROJAS, "Estudio interdisciplinario sobre los sistemas de valoración y estándares probatorios en el derecho procesal colombiano, DIXI 2019, núm. 30, pp. 1-49
- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, J./ CÓRDOBA HERNÁNDEZ, M./ SERRANO MANRIQUE, H./ CASTRO BERMÚDEZ, A., "Flexibilización probatoria y equidad: propuestas para la justicia del posconflicto", *Via Inveniendi et Iudicandi*, 14-1, 2019, pp. 157-190
- TARUFFO, M., "Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial", *Justicia Electoral* 2005, núm. 20, pp. 59-72
- VALENCIA, P.A y FRANCÉS-GÓMEZ, P., "Legitimidad de la Jurisdicción Especial para la Paz", *Revista de Paz y Conflictos*, núm. 1, 2018, pp. 105-133
- VOLK, *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016



Otras obras de referencia

- AAVV, *Vniversitas (Edición especial: Jurisdicción Especial Para la Paz)*, vol. 69, 2020, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá
- AJETUNMOBI, A. O., *A Study of the Mechanisms & Effects of Sierra Leone's Truth and Reconciliation Comission on Democratic Governance*, ProQuest (thesis submitted at the University of Surrey), November 2011
- AUKERMAN, M., "Extraordinary evil, ordinary crime: A framework for understanding transitional justice", *Harv. Hum. Rts. J.*, 2002, vol. 15, p. 39
- BALDOSEA PEREA, H., "El esclarecimiento de la verdad, la confesión y el derecho de no autoincriminación y de guardar silencio en los contextos judiciales de transición. El caso de justicia y paz en Colombia", *Derecho Penal y Criminología*, vol. 38, no. 104, Universidad Externado de Colombia, diciembre 2017, pp. 151-77
- BEDOYA SIERRA, L. F., *La prueba en el proceso penal colombiano*, Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2008
- BERGSMO, M. / CARSTEN, S. (eds.), *Quality Control in Fact-Finding*, 2a ed., Torkel Opsahl Academic Epublisher, Brussels, 2020
- BERMÚDEZ, L., *Derecho probatorio*, Legis Editores, Bogotá, 2017
- BERTEL OVIEDO, A., *Derecho probatorio*, Universidad de Santo Tomás, Tunja, 2000
- BOUTRUCHE, T., "Credible Fact-Finding and Allegations of International Humanitarian Law Violations: Challenges in Theory and Practice", *Journal of Conflict & Security Law*, Spring 2011, vol. 16, no. 1, pp. 105-140
- BUJOSA VADELL, L., "La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio", *Pensamiento Jurídico, Universidad Nacional de Colombia*, no. 21, enero 2008
- BUSTAMANTE RÚA, M. / PALOMO VÉLEZ, D., "La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. Una lectura desde Colombia y Chile", en *Revista Ius et Praxis*, año 24, no. 3, 2018, pp. 651-692
- BUSTAMANTE RÚA, M., "La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano", en *Opinión Jurídica*, vol. 9, no. 17, pp. 71-91
- CARRANZA, R./ CORREA, C./ NAUGHTON, E., *Forms of Justice: A Guide do Designing Reparations Application Forms and Registration Processes for Victims of Human Rights Violations*, International Center for Transitional Justice, 2017
- CASTAÑO ZULUAGA, L. O., "La carga de la prueba en el proceso penal: la disyuntiva judicial entre la prevalencia de los intereses sociales-institucionales o los del justiciable" en *Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, vol. 9, no. 18, pp. 173-192
- CUELLO IRIARTE, G., *Derecho probatorio y pruebas penales*, Legis Editores, Bogotá, 2008
- DELGADO, D. A., et. al., "Aportes de la jurisprudencia internacional penal con respecto a la prueba de los crímenes de naturaleza sexual", en OLÁSOLO ALONSO, H. (coord.), *Derecho internacional penal y humanitario: estudios de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Holanda) en su V Aniversario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 137-154
- DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de Derecho Procesal*, 15ª ed., Editorial Temis / Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, tomos I y II, 2012
- FUENTES, I. (dir.), *Investigación y prueba en los procesos penales de España e Italia*, Ed. Aranzadi, 2019, pp. 133-157
- GIACOMETTE FERRER, A., *Teoría general de la prueba: concordada con el Código General del Proceso y soportes jurisprudenciales*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2017
- GÓMEZ COLOMER, J. L. / PLANCHADELL GARGALLO, A./ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *La prueba prohibida en el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2019
- GÓMEZ PAVAJEAU, C. A./ FARFÁN MOLINA, F. J., "El fuero de investigación y juzgamiento penal de altos funcionarios del Estado. Problemas procesales", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. xxxvi, no. 101, julio-diciembre 2015, pp. 87-132

- GÓMEZ PAVAJEAU, C. A./ FARFÁN MOLINA, F. J., "El polígrafo y su utilización como acto de investigación en el derecho sancionatorio", *Derecho Penal y Criminología*, vol. 35, no 98, 2014, pp. 131-179
- GRANADOS PEÑA, J. E., "La prueba pericial y la prueba novel en el marco del nuevo proceso penal en Colombia", *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, no. 11, 2005, pp. 75-98
- GUERRA BONET, J. D., *Derecho probatorio: probabilidad, estadística y estándares de prueba*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017
- HAYNER, P. B., *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2a ed., Routledge, New York, 2011
- HERRERA SANTAMARÍA, L., et. al., "La prueba de los actos de violencia constitutivos de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad en la fase de confirmación de cargos ante la Corte Penal Internacional", en OLÁSOLO ALONSO, H. (coord.), *Derecho internacional penal y humanitario: estudios de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Holanda) en su V Aniversario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 155-174.
- KAMINSKI, M. M.; NALEPA, M., "Judging transitional justice: A new criterion for evaluating truth revelation procedures", *Journal of Conflict Resolution*, 2006, vol. 50, no. 3, p. 383-408
- LÓPEZ BLANCO, H. F., *Código general del proceso: pruebas*, Dupre Editores, Bogotá, 2017
- LÓPEZ PINILLA, A., "Estandar de la prueba y defensas afirmativas en el proceso penal. Análisis con referencia al caso colombiano y español", *Nuevo Foro Penal*, 12(86), 2016, pp. 151-192
- MANCO LÓPEZ, Y./ RUIZ JARAMILLO, L. B., "La prueba pericial en el proceso penal colombiano desde la dimensión social de la epistemología", en *Estudios de Derecho*, 72 (160), 2015, pp. 51-76
- MARÍN VÁSQUEZ, R. A., "El estándar de prueba de conocimiento más allá de duda razonable. Análisis y evaluación de la sentencia de casación 36.357 (26-11-2011) de la Corte Suprema de Justicia de Colombia", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 35, no. 99, julio-diciembre 2014, pp. 113-138
- MAY, R./ WIERDA, M., *International criminal evidence*, Brill Nijhoff, 2002
- MAYER-RIECKH, A./ DE GREIFF, P., *Justice as Prevention. Vetting Public Employees in Transitional Societies*, Social Science Research Council, New York, 2007
- MEDINA RICO, R. H., *Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal. Análisis teórico-práctico en derecho comparado*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2017
- MEROI, A./ RAMÍREZ-CARVAJAL, D., "La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas", *Estudios de Derecho* (Medellín), vol. 77, no. 170, Universidad de Antioquía, agosto 2020, pp. 227 y ss.
- MOLINA LÓPEZ, Ricardo, "El debido proceso penal en Colombia y España", *Revista Universidad Pontificia Bolivariana. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, no. 112, enero 2010, p. 15
- MONSALVE CORRESA, S., "La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991", en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, no. 113, julio-diciembre 2010, pp. 351-379
- MÜLLER RUEDA, K., "La carga de la prueba en el proceso penal acusatorio en Colombia: disyuntiva de aplicación en la jurisprudencia de las altas cortes", en *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, no. 32, enero-junio 2014
- MUÑOZ GARCÍA, M. A., *El estándar probatorio penal y su motivación. Una propuesta a partir de la concepción racionalista de la prueba*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2019
- MUÑOZ HERNÁNDEZ, J. A., "Prueba, verdad, verifobia en la justicia transicional. Tensión, derecho, paz y justicia - Colombia Ley 975/2005", *Jurídicas CUC*, vol. 12, no. 1, 2016, pp. 215-238
- PARRA, M. V., "Implementación del sistema acusatorio en Colombia principios que rigen la prueba", en *Opinión Jurídica*, vol. 2, no. 4, pp. 21-28
- PELÁEZ MEJÍA, J. M., "Reglas de prueba en el incidente de reparación integral", en *Revista Académica & Derecho*, 4 (7), julio-diciembre, 2013, pp. 29-39
- PELÁEZ MEJÍA, J. M./ SANABRIA VILLAMIZAR, R.J., "Configuración de la prueba pericial en el proceso penal colombiano", en *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, no. I, 2017, pp. 105-124



- PÉREZ BARBERÁ, G., "Prueba legítima y verdad en el proceso penal I: la independencia metafísica de la verdad", en *Isonomía*, no. 52, 2020
- PÉREZ BARBERÁ, G., "Prueba legítima y verdad en el proceso penal II: la dependencia epistémica de la prueba", en *Isonomía*, no. 52, 2020
- PIVA TORRES, G. E., *Teoría y medios de pruebas penales en el sistema acusatorio: un estudio conforme a la jurisprudencia la doctrina patria y foránea*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2018
- POSNER, E. A./ VERMEULE, A., "Transitional Justice as Ordinary Justice", *Harvard Law Review*, Jan. 2004, vol. 117, no. 3., pp. 761-825
- QUIÑONES CAMARGO, C./ BARBOSA CASTILLO, G., *Valor probatorio del contexto en la atribución de responsabilidad penal en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017
- RAMÍREZ CONTRERAS, F., "Postulados del sistema penal de Estados Unidos y prueba pericial comparada", *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, no. 16, 2006, pp. 75-96
- RIVERA OLARTE, F. J./ ROJAS QUINAYÁ, L. F., "Estudio interdisciplinario sobre los sistemas de valoración y estándares probatorios en el derecho procesal colombiano", en *DIXI*, no. 30, julio-diciembre 2019, pp. 1-49
- ROCHA ALVIRA, A., *De la prueba en el Derecho*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013
- RUIZ JARAMILLO, L. B., "La prueba pericial y su valoración en el proceso penal colombiano, hacia un régimen procesal holístico", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - UPB*, vol. 45, no. 123, julio-diciembre 2015, Medellín, pp. 481-511
- RUIZ JARAMILLO, L. B. / MANCO LÓPEZ, Y., "La prueba pericial en el proceso penal colombiano desde la dimensión social de la epistemología", *Estudios de Derecho*, vol. 72, no. 160, 2015, pp. 51-76
- SÁNCHEZ CERÓN, A. F., *Acuerdos y allanamientos a partir de un descubrimiento probatorio anticipado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, R. E. (dir.), *Marco normativo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)*, Ed. Tirant lo Blanch, Bogotá, 2019
- SANDOVAL MESA, J. A., "Elementos de persecución internacional del delito y estado actual de admisibilidad ante la Corte Penal Internacional en el caso colombiano", *Prolegomenos*, vol. 16, no. 32, Universidad Militar Nueva Granada, enero 2013, p. 31
- STAN, L.; NEDELSKY, N. (ed.), *Encyclopedia of transitional justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013
- STANLEY, E., "Evaluating the Truth and Reconciliation Commission", *The Journal of Modern African Studies*, Sep. 2001, vol. 3, no. 3, pp. 525-546
- SUMMERS, N., "Colombia's Victims' Law: Transitional Justice in a Time of Violent Conflict?", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 25, 2012, pp. 219-235
- TARAPUES SANDINO, D. F., "El Tribunal para la Paz y las Salas de Justicia de la JEP como órganos jurisdiccionales *sui generis*", *Universitas*, vol. 69, 2020
- TEITEL, R., "The Law and Politics of Contemporary Transitional Justice", *Cornell International Law Journal*, vol. 38, 2005, pp. 837-862
- TILLEY, D., "The Non-Rules of Evidence in the ad hoc Tribunals", *The International Lawyer*, vol. 5, no. 2, 2011, pp. 695-725
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, "El principio de inmediación en segunda instancia", *Derecho Penal y Criminología*, vol. 30, no. 89, 2009, pp. 91-111
- USAID, *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano (Módulo IV para Defensores Públicos)*, USAID/ Defensoría del Pueblo, Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia, Colombia
- VELANDIA MONTES, R., "Deberes de la fiscalía con relación al descubrimiento de elementos probatorios en poder de terceros en los Derechos Procesales Penales colombiano e inglés", en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. ix, no. 17, enero-junio 2006, pp. 76-108
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F./ ZULUAGA TABORDA, J./ JARAMILLO RESTREPO, J. D., *Jurisdicción Especial para la Paz. Desafíos y Oportunidades*, Ed. Tirant lo Blanch/ Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2020
- VICUÑA DE LA ROSA, M./ CASTILLO GALVIS, S. H., "La búsqueda de la verdad y la pasividad probatoria del juez penal", en *Revista Academia & Derecho*, 5 (8), enero-junio 2014, pp. 153-171

- WESCHE, P., "Business actors and land restitution in the Colombian transition from armed conflict", *The International Journal of Human Rights*, 2020
- WILKINSON, S., "Standards of Proof in International Humanitarian and Human Rights Fact-Finding and Inquiry Missions", Université de Genève
- ZABALETA ORTEGA, Y. C., "La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano", en *Revista CES Derecho*, vol. 8, no. 1, 2017, pp. 172-190.

Resoluciones de la JEP

Andrade Cáceres, Auto SRT-AE-086-2018, de 17 de diciembre
Ardila Mora, Auto TP-SA-650, de 2 de diciembre de 2020, aclaración de voto de la Magistrada Sandra Gamboa
Ashton Girado, Auto TP-SA-020-2018, de 21 de agosto
Auto SRVR 030-2019, de 28 de mayo
Beltrán Linares, Auto TP-SA-11-2019, de 13 de febrero
Caso No. 01 (Toma de rehenes y graves privaciones de la libertad cometidas por las FARC-EP), Auto SRVR-19-2021, de 26 de enero
Caso No. 03 (Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado, Subcaso Norte de Santander), Auto SRVR-125-2021, de 2 de julio
Caso No. 03 (Asesinatos y desapariciones forzadas ilegítimamente presentados como bajas en combate por agentes del Estado, Subcaso Costa Caribe), Auto SRVR-128-2021, de 7 de julio
Caso No. 003, SRVR, Auto de 6 de febrero de 2019
Castro Chillambo, Auto SRT-AE-001-2020, de 13 de enero de 2020
Castro Corredor, Auto TP-SA-056-2018, de 31 de octubre
Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH), Auto AI-026-2020, de 27 de noviembre
Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH), Auto AT-009-2021, de 14 de enero
Char Navas, Auto TP-SA-19-2018, de 21 de agosto
Delgado Rivadeneira, Auto SAI-AOI-004-2018, de 27 de diciembre
Díaz Narvaez, Resolución SDSJ-4978-2020, de 17 de diciembre
Fernández Santodomingo, Auto TP-SA-068-2018, de 21 de noviembre
Garay Chimby, Resolución SAI-SUBA-AOI-N-001-2019, de 4 de septiembre
González Póveda, Auto TP-SA-240-2019, de 24 de julio
González Uribe, Auto SAI-AOI-002-2018, de 9 de noviembre
Guerrero Ávila, Auto TP-SA-306-2019, de 2 de octubre
Hernández Solarte, Auto SRT-AE-059-2018, de 23 de octubre
Lozano Bustos, Auto TP-SCRVR-ST-001-2019, de 15 de enero
Mongui Ibarra, Auto TP-SA-070-2018, de 27 de noviembre
Pérez Castro, Auto SRT-AE-043-2019, de 1 de octubre
Pérez Castro, Sentencia TP-SA-GNE-197-2020, de 7 de octubre
Piñeros Reyes, Auto TP-SA 555-2020, del 29 de abril, salvamento de voto de la Magistrada Sandra Gamboa Rubiano
Plazas Acevedo, Sentencia SARV-ST-010-2020, de 16 de junio
Quintero Durán, Auto TP-SA 127-2019, de 13 de marzo
Ramírez Ramírez, Resolución SAI-AOI-005-2018, de 27 de diciembre
Rojas Torres, Auto TP-SA-538-2020, de 26 de marzo
Ruales Toro y Marín Arboleda, Auto TP-SA-219-2019, de 4 de julio
Serna Moscoso, Auto TP-SA-545-2020, de 15 de abril
Sierra Solano y Moreno Rojas, Auto TP-SA-224-2019, 11 de julio
Velásquez Saldariaga, Auto SRVR-012-2019, de 22 de enero



Resoluciones de la Corte Constitucional

Sentencia C-1270 de 2000, de 20 de septiembre, M. P. Antonio Barrera Carbonell
Sentencia C-496 de 2015, de 5 de agosto, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
Sentencia C-674 de 2017, de 14 de noviembre, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez
Sentencia C-017 de 2018, de 21 de marzo, M. P. Diana Fajardo Rivera
Sentencia su636/15, de 7 de octubre, M. P. María Victoria Calle Correa

Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Auto de 30 de septiembre de 2015
Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 12 de mayo de 2009, M.P.
Augusto José Ibáñez Guzmán

Leyes y normas colombianas

Ley 600 de 2000, de 24 de julio, Código de Procedimiento Penal

Ley 906 de 2004, de 31 de agosto, Código de Procedimiento Penal

Ley 975 de 2005 por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios

Ley 1564 de 2012, de 12 de julio, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso

Ley Estatutaria 1621 de 2013, por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones

Ley 1820 de 2016, de 30 de diciembre, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones

Ley 1922 de 2018, de 18 de julio, por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz

Ley 1957 de 2019, Estatutaria de la administración de justicia en la JEP

Instituto Colombo-Alemán para la Paz – CAPAZ

El Instituto CAPAZ es una plataforma de cooperación entre Colombia y Alemania que promueve el intercambio de conocimientos y experiencias en temas de construcción de paz, mediante la conformación de redes entre universidades, centros de investigación, organizaciones de la sociedad civil y entidades gubernamentales que actúan en el ámbito territorial. La consolidación de dichas redes permite el análisis, la reflexión y el debate académico interdisciplinario sobre las lecciones del pasado y los desafíos de la construcción de una paz sostenible. CAPAZ promueve actividades de investigación, enseñanza y asesoría, las cuales permiten nuevas aproximaciones a la comprensión de la paz y el conflicto, transmiten conocimiento a la sociedad y plantean respuestas a los múltiples desafíos de una sociedad en transición.

Proyecto “Estabilización del proceso de paz en Colombia por medio de justicia, verdad y protección de derechos humanos” del Instituto CAPAZ

El objetivo principal de esta iniciativa es contribuir al fortalecimiento del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), desde la cooperación académica colombo-alemana y en colaboración con la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV). Adicionalmente, con el ánimo de lograr una paz real, integral y duradera se busca aportar al debate sobre el rol de las fuerzas de seguridad del Estado en la prevención de las violaciones de derechos humanos en el contexto del posacuerdo. Este proyecto es liderado por el Instituto Colombo-Alemán para la Paz – CAPAZ.

Las reflexiones informadas son documentos elaborados por expertos/as reconocidos/as a nivel nacional e internacional en los cuales se analiza una temática planteada por la JEP, con el fin de contribuir a la solución de un problema jurídico de relevancia para la labor de esta jurisdicción. Esta reflexión informada es de uso exclusivo de la JEP, no se autoriza su citación, reproducción total o parcial en documentos no oficiales de la JEP. El Instituto CAPAZ no se responsabiliza por errores o imprecisiones que los(as) autores(as) hayan plasmado en la reflexión informada, ni por las consecuencias del uso del mismo. Las opiniones y juicios de los(as) autores(as) no son necesariamente compartidos por el Instituto CAPAZ.

www.instituto-capaz.org
info@instituto-capaz.org
(+57 1) 342 1803 Extensión 29982
Carrera 8 No. 7-21
Claustro de San Agustín
Bogotá - Colombia



Supported by the DAAD with funds from the Federal Foreign Office

DAAD

Deutscher Akademischer Austauschdienst
Servicio Alemán de Intercambio Académico



Federal Foreign Office