

**Revista Judicial**

# **Tribunal Superior Militar y Policial**

Edición No. 010 Septiembre de 2019

Compilación jurisprudencia  
[Incluye CD con sentencias]



**CONSTITUCIÓN  
POLÍTICA  
DE COLOMBIA  
1991**



Índice General



Página anterior



Página siguiente



Cerrar



Ver Providencia Completa



Te nombraré juez para que juzgues al pueblo con justicia.  
No olvidarás el derecho ajeno, no serás parcial ni aceptarás soborno, que el soborno ciega los ojos de los sabios y falsea la causa del inocente.

La justicia y sólo la justicia buscarás.

Deuteronomio.





Justicia Penal Militar y Policial

**TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ**

Presidente Tribunal Superior Militar y Policial

**CN.(RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA**

Vicepresidente Tribunal Superior Militar y Policial

**DR. JOSÉ ALEJANDRO RAMÍREZ LONDOÑO**

Director Ejecutivo de la Justicia Penal Militar

**CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**

**TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ**

**CN. (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA**

Comité de Selección y Publicación de la Revista Judicial del Tribunal Superior Militar y Policial

**REL. BERLEDIS BANQUEZ HERAZO**

**ESC. SANDRA PATRICIA ACHURY URQUIJO**

**MA2. SANDRA CATALINA RIVERA GALLEGO**

Comité de revisión

**GINETH TATIANA WALTEROS MOLINA**

Diseño

**JENNYFER ALEIDA MOLINA SÁNCHEZ**

Comunicaciones Institucionales Dirección Ejecutiva de la JPM

**MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**

Registro Fotográfico

**IMPRENTA COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA.**

Impresión.

Las opiniones expresadas en los artículos que se publican en esta edición son responsabilidad exclusiva de los autores y no constituyen compromiso de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar



Teniente Coronel  
**WILSON FIGUEROA GÓMEZ**  
Presidente Tribunal Superior Militar y Policial  
2019

## EDITORIAL

### **Fortalecimiento de la Justicia Penal Militar y Policial. Compromiso de todos.**

En los últimos años se han promovido múltiples reformas constitucionales y legales con miras a hacer de nuestra justicia penal militar una institución fortalecida y eficaz, que responda a las exigencias de la sociedad actual. Algunas de ellas han salido avante, como fue la Ley 1407 de 2010, Ley 1765 de 2015 y el Acto Legislativo 01 de 2015. Otras se han quedado en el camino, como por ejemplo el Acto Legislativo 02 de 2012.

Esta situación, genera en cada uno de nosotros, como administradores de justicia, una gran responsabilidad, por cuanto dichas reformas deben ir acompañadas de una constante formación jurídica que viabilice la materialización del objetivo buscado.

Compromiso que se hace imperioso, puesto que como lo expresé en la conmemoración de día de la Justicia Penal Militar y Policial y XVIII Aniversario de su Dirección Ejecutiva, hacemos parte de una institución centenaria, si se tiene en cuenta que el antecedente histórico del fuero penal militar data desde 1793<sup>1</sup>, manteniéndose vigente desde los albores de la vida republicana hasta nuestros días. De manera que, la jurisdicción castrense ha hecho parte fundamental de la tradición jurídica nacional, así lo reconoció la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-376 de 2016, cuando señaló: *“La Corte ha puesto de presente que la incorporación de la figura del fuero penal militar en el ordenamiento jurídico colombiano, no es una*

1 Año en el cual Carlos III, Rey de España promulgó el Decreto Real del 9 de febrero, estableciendo la vigencia del fuero militar en los ejércitos de España y ultramar.



*innovación atribuida al Constituyente de 1991, pues, al respecto, éste se limitó a reproducir en el artículo 221 de la Carta, el mandato previsto originariamente en el artículo 170 de la Constitución Centenaria de 1886, que ya la consagraba. En ese contexto, el **fuero penal militar es una institución jurídica con una larga tradición en el constitucionalismo** colombiano, la cual, bajo la actual Constitución Política, encuentra pleno reconocimiento en el ya citado artículo 221, con las modificaciones introducidas por los Actos Legislativos 02 de 1995 y 01 de 2015, a su vez complementado por los artículos 116 y 250 del mismo ordenamiento Superior". (Negrilla fuera de texto)*

Así pues, consecuente con esta importante responsabilidad, esta colegiatura desde la presidencia anterior se ha preocupado por visibilizar nuestra justicia, utilizando como estrategias el acercamiento a otras entidades tanto del ámbito nacional como internacional, con miras a afianzar relaciones interinstitucionales, la participación en espacios académicos que permitan mostrar en escenarios propios y ajenos la importancia de la vigencia de nuestra jurisdicción castrense; otras se encuentran en desarrollo y/o trámite, como la puesta en marcha de un sistema de consulta jurisprudencial a nivel nacional y la creación de nuestra propia página web.

También en esa misma dirección y en aras de contribuir con el robustecimiento de la jurisdicción, en el rol de Juez de Segunda instancia, nos hemos interesado por interpretar y fijar el alcance de algunas normas o institutos polémicos, lo que ha facilitado a los funcionarios de primera instancia darles aplicación coherente con el pensamiento de esta colegiatura, brindando de esta manera seguridad jurídica a los destinatarios de la norma penal castrense, nuestros soldados y policías.

Posturas que se encuentran vertidas en la edición No. 10 de la Revista Judicial del Tribunal Superior Militar y Policial, que hoy presentamos, en la que se han recopilado los pronunciamientos más relevantes emitidos durante los años 2017 y 2018, con la convicción que se constituirá en una valiosa herramienta de consulta no solamente para los miembros de la jurisdicción especializada sino para todos aquellos que deseen acercarse y conocer la labor que se desarrolla al interior de la misma.

Ejemplar que es producto de un gran esfuerzo, toda vez, que, al momento de editarse, el Tribunal Superior Militar y Policial solo cuenta con tres de los 12 Magistrados que lo conforman. Sin embargo, debe aclararse que, como reconocimiento a la destacada labor realizada por Magistrados que culminaron su período en el año 2017, se incluyeron algunos pronunciamientos que lideraron los señores: Brigadier General María Paulina Leguizamón Zarate, Coronel (RA) Gabriel Palacio Osma, Coronel (RA) Fabio Enrique Araque Vargas, Teniente Coronel (RA) Noris Toloza González y Mayor (R) José Liborio Morales Chinome.

Aprovecho la oportunidad para agradecer a cada uno de los integrantes de este Cuerpo Colegiado, quienes con su abnegada labor coadyuvan, sin lugar a dudas, al fin común de administrar justicia oportuna y eficaz, me refiero concretamente a



los Auxiliares, Escribientes, Secretaria, Relatora, y por supuesto a los Suboficiales de Apoyo.

Finalmente, es menester señalar que contamos con el concurso no sólo de los Magistrados que conforman esta colegiatura, sino que hay plena seguridad de que a esta noble causa de fortalecimiento a la jurisdicción castrense están unidos los Fiscales Penales Militares, los Jueces Penales Militares y todos y cada uno de los funcionarios que hacen parte de esta honrosa institución foral; lo que garantizará salir victoriosos de las situaciones de amenazas que nos rodean, permitiendo que continuemos avanzando con justicia, autonomía e independencia.

### **T.C WILSON FIGUEROA GÓMEZ**

Presidente Tribunal Superior Militar y Policial.



## ■ ÍNDICE GENERAL

























## EXTRACTOS PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

### 1. ABANDONO DE COMANDOS ESPECIALES.

Calidad del Agente. Diferencia con el delito de abandono del puesto.

“Pero más allá de las aclaraciones anunciadas, es necesario precisar que en el delito de Abandono del Puesto señalado en el artículo 105 del Código Penal Militar<sup>1</sup> no incurrir aquellos militares que fungen como Comandantes de base, patrulla, contraguerrilla, tropas de asalto, fuerzas especiales y demás unidades militares comprometidas en operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público, guerra o conflicto armado, criterio que se ha venido desarrollando en los precedentes judiciales de esta Corporación, al indicar que este tipo de comandantes no pueden estar cobijados bajo un eventual Abandono del Puesto, porque sus funciones exigen una disponibilidad permanente y no la prestación de un servicio durante un determinado espacio de tiempo y lugar, al cabo de los cuales dejarían de ser comandantes hasta el próximo turno. Tal como está concebida la estructura y jerarquía del Ejército Nacional, el oficial o el suboficial que desempeñe las funciones de comandante, lo es por tiempo indefinido de días, meses o años, más no por un espacio ni mucho menos delimitado en un turno de servicio.

Aunque el artículo 105 de la codificación penal militar de 2010 prevé la posibilidad de que el Comandante cometa el delito de Abandono del Puesto, caso en el cual la pena se agrava, debe entenderse que esta causal de agravación debe ser aplicada a quienes son comandantes dentro del respectivo turno, tal como es el caso del comandante de guardia, asuntos en los cuales el uniformado es comandante sólo durante el tiempo previamente señalado, y una vez culminado el respectivo turno, deja de serlo<sup>2</sup> (...)

De las normas transcritas se desprenden los elementos estructurales del tipo penal de Abandono de Comandos Especiales, siendo ellos: *i)* que el sujeto activo de la conducta sea un militar o policía en servicio activo que haya sido nombrado y ejerza su función como comandante de base, patrulla, contraguerrilla, tropa de asalto, fuerzas especiales, o cualquier otra unidad; *ii)* que esa unidad militar o policial se encuentre comprometida en operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público, guerra o conflicto armado y, *iii)* que sin justa causa no ejerza las funciones propias del comando, jefatura o dirección por más de veinticuatro (24) horas consecutivas en tiempo de paz, o por cualquier tiempo en estado de guerra exterior, conmoción interior o grave calamidad pública.

Para comprender los anteriores elementos es menester entender que comandante es “La persona de condición militar, a quien se ha investido del poder de ejercer autoridad”<sup>3</sup>;

1 Ley 1407 de 2010

2 Tribunal Superior Militar, Rad. 155307, M.P. TC. Ismael Enrique López Criollo, 21 de abril de 2009.

3 Diccionario de términos militares del Comando General de las Fuerzas Militares, pg.46, primera edición 1972.



operación, es la acción militar para cumplir misiones estratégicas, tácticas, logísticas de entrenamiento o administrativas; se trata de un proceso de combate que incluye movimiento, abastecimiento, ataque, defensa y maniobra, necesaria para obtener los objetivos asignados<sup>4</sup>, que de conformidad al artículo 217 Superior, para las Fuerzas Militares lo serán la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional; de manera que toda acción o procedimiento de la Fuerza Pública realizada en el marco del cumplimiento del servicio que le ha sido asignada por la Constitución, la ley o los reglamentos, queda comprendida en el concepto de operación.

Por orden público, debe ser entendido el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos<sup>5</sup>, se trata de la armonía de los derechos, deberes, libertades y poderes dentro del Estado<sup>6</sup>.

Ahora bien, cuando la norma se refiere a operaciones relacionadas con la guerra, a la luz del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 habrá de entenderse como un conflicto armado internacional, que ocurre cuando uno o más Estados recurren a la fuerza armada contra otro Estado, sin tener en cuenta las razones o la intensidad del enfrentamiento; en tanto que un conflicto armado será aquél no internacional, en donde participan uno o más grupos armados no gubernamentales, o entre las Fuerzas Armadas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales". (**Rad. 158648 del 29 de agosto de 2017, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión**).



## 2. ABANDONO DEL PUESTO.

Antijuridicidad material.

"De cara a resolver la inconformidad de los apelantes, según la cual el Juez de Instancia elabora una sentencia sin demostrar la presencia de antijuridicidad material y por ende desconociendo el principio de lesividad, la Sala vislumbra una realidad muy disímil y una claridad no solamente sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos objeto de investigación, e igualmente demostrando y valorando la antijuridicidad material, como elemento integrante del tipo penal.

Señalan los apelantes de manera unánime que los procesados quebrantaron el límite asignado por sus superiores para prestar el servicio de reacción bancaria, lo que hace que sea cuestionable el desvalor de esa conducta, en otros términos, la conducta de los acusados de desplazarse por fuera de la zona o jurisdicción asignada bien puede calificarse como reprochable; sin embargo, hay ausencia de antijuridi-

4 Ídem, pg.116.

5 Corte Constitucional, sentencia C-825 de 2004

6 Corte Constitucional, sentencia C-045 de 1996.



cidad material en la medida que los policiales no lesionaron, ni pusieron en peligro el bien jurídico del servicio en forma efectiva, porque ninguna entidad bancaria o persona se vio afectada en su patrimonio por el accionar de los policiales, luego si no hay daño alguno que pueda encontrar la correspondencia para predicar la existencia de un desvalor de resultado, lo lógico es considerar que no hubo vulneración al principio de lesividad, y por tal motivo solicitan se les absuelva de toda responsabilidad.

Considera la Sala que tal pretensión no tiene cabida, si se tiene en cuenta que contamos con el informe - denuncia presentado por el teniente coronel JJCD, quien se ratifica bajo la gravedad del juramento y en la que manifiesta que en su calidad de Comandante del Primer Distrito de Policía Barrancabermeja para el día 19 de junio de 2015, se encontraba pasando revista por el sector comercial a los servicios de Policía que deberían estar instalados, y a las 07:40 horas reportó al Grupo de la reacción Bancaria, para que le indicara el lugar de su ubicación, y es así que los patrulleros GCR y FQLF le manifestaron que se encontraban haciendo un patrullaje por el banco WWB, ubicado en el sector No. 4.

Sin embargo, agrega, que en el instante del reporte cuando transitaba por la calle 50 en la camioneta de dotación, específicamente frente al restaurante Arca de Noé, ubicada en el sector No. 1, detecta la presencia de los patrulleros, es decir estaban fuera de la jurisdicción asignada y por ende rindiendo un reporte contrario a la verdad. (...)

De manera que le asiste razón al a *quo* cuando colige que los uniformados implegados, en su calidad de servidores públicos y estando de servicio decidieron ir a desayunar alejándose de su puesto como patrulla de reacción bancaria, adecuando así su conducta al tipo penal consagrado en el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010 (...)

En cuanto a la antijuridicidad, los sujetos procesales en sus alegatos de corte marcial refieren que al no lesionarse ni ponerse en peligro el interés jurídico del servicio con el actuar de los patrulleros GCR y FQLF no resultaba posible hablar de antijuridicidad material y por ende debían ser absueltos por el delito que aquí se les inculca, argumentos que igualmente sirvieron de soporte en los recursos de apelación, objeto de la presente decisión.

Sobre el tema el a *quo* considera que, de atenderse dicha tesis el personal policial que se encuentre cumpliendo un servicio se podría retirar a un lugar diferente al asignado a la espera de que no suceda ninguna novedad, caso único en el que respondería, en otros términos, *“pudiendo quedar sin responsabilidad si por ejemplo, no se llegare a presentar alguna novedad o un daño a un bien jurídico durante el servicio. Contrario sensu, solo sería objeto de reproche penal, si se llegase a producir un perjuicio a un bien jurídico tutelado durante el servicio”*.

Sobre el presente tema, es claro para la Sala que el tipo penal de abandono del puesto es un delito de mera conducta, el cual se perfecciona con el estricto agotamiento de la acción descrita, sin que se inste, en el proceso de adecuación típica, la



obtención de determinados sucesos o resultados, es decir, no se exige para su perfeccionamiento, la producción de consecuencias jurídicas o materiales concretas. El *a quo*, al momento de adecuar la conducta típica, no debe ni necesita constatar la realización de resultados ulteriores del hecho<sup>7</sup>.

En este orden de ideas, al realizar los patrulleros GCR y FQLF uno de los verbos rectores del punible, como fue el de abandonar el lugar donde estaba prestando su servicio de “*patrullaje de reacción bancaria*” ubicado en la zona 4, para desplazarse a la zona 1, con el interés personal de desayunar, ese simple comportamiento de los agentes por sí mismo, sin consideración o consecuencia alguna, como erradamente lo expresan los apelantes, ya es merecedor de represión penal; pues existe una importancia en el ordenamiento como era proteger prioritariamente el bien jurídico del servicio, piedra angular de las instituciones castrenses y policiales.

Es por ello que nuestra legislación otorgó gran valor a este bien jurídico y por ello le confiere una mayor protección a través de tipos penales de mera conducta, sin que para el efecto se requiera resultado alguno, ni siquiera considerar que se aumentó o puso en riesgo el bien jurídico del servicio. De lo contrario, y como acertadamente lo desarrolló el *a quo*, sería inviable juzgar a un miembro de la Fuerza Pública, sino se logra demostrar que por ese abandono se produce una consecuencia jurídica o material concreta, lo que de plano es muy complejo y permitiría incentivar la indisciplina policial y castrense.

Ahora bien, en torno al requisito de la antijuridicidad material respecto al delito de abandono del puesto, el examen a realizar en el caso concreto consiste en establecer si la conducta de los policiales involucrados al separarse de su puesto y además mentir sobre su ubicación tiene la trascendencia suficiente de dañar o poner en peligro de lesión el bien jurídico del servicio, o si por el contrario se debe aceptar la tesis del apelante y del ministerio público que acuden al principio de lesividad para justificar el actuar de los procesados y con ello reclamar una absolución.

Al respecto la jurisprudencia ha referido en torno al principio de lesividad que este tiene relación intrínseca con el artículo 11 del código penal en lo que respecta a la antijuridicidad material, norma vale aclarar que corresponde igualmente al artículo 17 de la Ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar), el principio de lesividad se relaciona con la forma en que el derecho penal castiga las agresiones contra los bienes más preciados del ordenamiento jurídico, descartando entonces la intervención del derecho penal cuando se dan agresiones insignificantes a los bienes como en el caso de los delitos de bagatela. (...)

Sin embargo, el caso que nos ocupa descarta de plano contemplar una insignificante lesión al bien jurídico en juego, puesto que no se trató de cualquier bien el que fue objeto de agresión por la conducta de los procesados, ni tampoco se está frente a una conducta desplegada por ellos de poca relevancia penal. Lo que aquí sucedió en torno a la antijuridicidad material es que los procesados se separaron de su puesto de servicio sin que mediara causa ni justificación alguna, y esa conducta



desplegada impactó en forma efectiva el servicio como bien jurídico protegido por el tipo penal de abandono del puesto, en este sentido es el buen servicio el que se ve afectado o interrumpido cuando los funcionarios públicos en este caso los policiales procesados se apartan de sus puestos de servicio para realizar actividades no contempladas por este y además fuera del lugar o perímetro definido.

A lo anterior se suma que el tipo penal de abandono del puesto es un delito de mera conducta donde no se requiere un resultado material verificable por los sentidos para establecer que en efecto se vulneró el bien jurídico, excepto de constatar la existencia de una causal de justificación, la cual no aflora en el presente caso.

No obstante, ello no quiere decir que en el presente asunto por tratarse de un abandono del puesto como delito de mera conducta sea suficiente constatar el desvalor de acción y con ello predicar que se agota la antijuridicidad formal y material, puesto que es necesario también constatar el desvalor de resultado, y en este sentido la prueba es indicativa que los procesados en forma consciente y voluntaria se separaron del puesto a realizar actividades ajenas a su servicio y fuera del perímetro establecido para ello, y con su conducta afectaron las normales condiciones del servicio, es de ese contexto de donde se infiere el desvalor de resultado y por ende queda acreditado el requisito de antijuridicidad material, pues en últimas el accionar de los procesados produjo como consecuencia la alteración de las normales condiciones en que se debía prestar el servicio para el cual estaban destinados. (...)

Recapitemos, la antijuridicidad material se determina con la ofensa: lesión o peligro al bien jurídico, que para el caso en estudio se concreta en un peligro potencial para el servicio, pues es evidente que lo que el legislador quiso proteger no fue el objeto material que se viera afectado por la no prestación del servicio sino el bien jurídico del servicio.

De manera que, si bien es cierto el principio de lesividad de la conducta punible permite a las autoridades aceptar ciertas conductas que significativamente no dañan o ponen en peligro a otras personas o instituciones, es respecto a los bienes y derechos que la codificación castrense penal esta llamada como ultima ratio a proteger, circunstancia que para el presente asunto, no son los bancos ni las personas que hubiesen podido ser objeto de hurto por la ausencia de los patrulleros de su puesto de servicio, en virtud a que el bien jurídico que se protege en esta conducta punible es el SERVICIO que cumple un miembro activo de la Fuerza Pública, lo que implica que el principio de lesividad se debe aplicar es respecto a éste, y no como erradamente lo presenta los apelantes, sobre las consecuencias por la ausencia de los procesados de su puesto, lo que de plano no es viable.

En otras palabras, la legislación castrense punitiva opera únicamente cuando hay afectación significativa del bien jurídico protegido, para el presente caso es el SERVICIO<sup>8</sup>, que indudablemente pusieron en peligro los patrulleros por el no cum-

8 Corte Suprema de Justicia, proceso N° 12878, Magistrado Ponente: Dr. JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGU, de fecha 23 de mayo de 2001. "Y en relación con el concepto de servicio, tal como sin dificultad surge de la previsión contenida en el estatuto castrense, se tiene que es término referido a los específicos deberes que atañen a los miembros activos de la Fuerza Pública a quienes se asignan labores de dirección o vigilancia. (...) las faltas contra el servicio sólo son atribuibles al militar en servicio



plimiento de los deberes inherentes a su calidad de policiales”. (Rad. 158686 del 16 de junio de 2017, M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Primera Sala de Decisión).



### 3. ABANDONO DEL PUESTO.

Configuración. Concepto de facción y servicio.

“Bajo ese entendido, el problema jurídico en el caso que nos ocupa, se centra en determinar el concepto de las expresiones servicio y facción, contenidos en el artículo 105 de la ley 1407 de 2010, materias suficientemente decantadas por la doctrina y la jurisprudencia, debiéndose recordar que en esencia el vocablo facción se refiere al cumplimiento o realización de una tarea concreta, una actividad, una labor, una función propia del servicio; y servicio, como el conjunto de funciones, deberes y obligaciones asignados a la fuerza pública para cumplir con la misión constitucional consagrada en los artículos 217 y 218, y demás leyes, decretos, reglamentos y disposiciones que las desarrollan (*TSM - 2SD – Radicado 156453 – 10 abril de 2010*).

En suma, el servicio es el marco general que comprende la función constitucional y legalmente asignada a los miembros de la fuerza pública y la facción, son todas las actividades concretas, objetivas y materiales que debe realizar ese funcionario uniformado para el cumplimiento de la función, por ello, cuando se está de facción, también se está de servicio, pero no todas las veces que se está de servicio, se está de facción, pues el servicio es el género y la facción es la especie, por manera que ha de entenderse que el tipo penal se estructura objetivamente cuando el sujeto se ausenta estando de facción, pero también cuando se ausenta estando de servicio.

En ese orden, cuando el militar o policial ha sido designado para un servicio de veinticuatro horas, habrá periodos en que está de facción y periodos en que no se está de facción, como cuando el reglamento o su superior con competencia, lo autoriza para retirarse a descansar, dormir, comer, etc., pero no se interrumpe el servicio, pues está nombrado para un término de veinticuatro horas, así el periodo autorizado para descansar o dormir, sea fuera de la jurisdicción, en términos de espacio, donde le corresponde prestar la facción y ese tiempo debe entenderse como periodo de servicio.

Consecuente con lo expresado en precedencia, resulta equívoca la posición que asume el recurrente al pretender que el abandono del puesto se configura solamente por alejarse del lugar de facción e igualmente que, la hora para tomar los alimentos se constituye en una especie de franquicia entendida como turno de descanso, por lo cual, podía retirarse de su lugar de facción para dedicar ese tiempo a realizar actividades particulares, olvidando que el servicio asignado correspondía a un turno de 24 horas, postura que conlleva una grave afrenta al principio de lega-



lidad de los delitos, dado que el servicio de policía es continuo y permanente, por lo cual, los espacios determinados para la toma de alimentos durante el tiempo que se encontraba designado de servicio, se consideraran como continuidad del mismo en tanto que durante ese lapso no se le nombra ningún remplazo.

El recurrente pretende desconocer el hecho que el procesado AG. JQM había sido designado previamente y con las formalidades determinadas en los mismos reglamentos que reclama que no fueron examinados por el A-quo, para un turno de veinticuatro (24) horas, que implicaba disponibilidad permanente y continua, por lo que el abandono de la función como tal, que no del puesto entendido en la estrecha acepción de espacio o lugar donde aquélla, estructuraba el tipo penal de abandono de puesto (*CSJ – SCP - Radicado 12878 – Sentencia del 23 de mayo de 2001*) (...)

Alega el apelante que solamente se demoró una hora y que la misma correspondía al tiempo que tenía autorizado para tomar los alimentos, frente a ello, la Sala debe advertir en primer lugar que, como se precisó arriba, ese espacio de tiempo destinado para la toma de alimentos durante la prestación del turno, no interrumpe el servicio, la función como tal, solamente la facción, bajo ese entendido, no podía realizar ninguna otra actividad distinta al servicio y solamente podía utilizarlo para la toma de alimentos, cosa que no ocurrió en el caso bajo estudio, pues de manera deliberada decidió salir de las instalaciones policiales, no a tomar sus alimentos, sino a realizar un trasteo, actividad que decidió realizar de manera voluntaria como lo expresa el mismo procesado en la diligencia de indagatoria, por manera que se ausentó del servicio como una de las formas de estructuración del delito de abandono de puesto.

En segundo lugar, ha de advertirse que conforme al ingrediente normativo dispuesto en el tipo penal abandono de supuesto, para que se estructure este reato solamente se requiere que se ausente por cualquier tiempo, de manera pues que, el haber abdicado la función o servicio, que no la facción como se explicó, así hubiese sido por un tiempo menor a una hora, materializa el delito de abandono de puesto.” (**Rad. 158565 del 9 de noviembre de 2017, M.P. MY (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Cuarta Sala de Decisión**).



## 4. ACCIÓN DE REVISIÓN.

Carga demostrativa del accionante. Alcance de la causal relativa a la variación jurisprudencial favorable.

“Precisado ello, habrá de acotarse como primera medida que, como lo ha determinado la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia<sup>9</sup>, el propósito de la acción de revisión es remover la intangibilidad de la cosa juzgada cuando



se determina que tal decisión comporta un contenido de injusticia material, ya que la verdad procesal allí declarada se opone a la verdad histórica de lo acontecido. (...)

Ahora bien, correspondiendo a esta Corporación, habida cuenta de la causal invocada por la abogada que promoviere la acción génesis del presente trámite y de la naturaleza de su pretensión, avocar el juicio rescindente orientado a otear la vocación de prosperidad de dicha causal y de ser ello positivo dejar sin efecto, en lo que se ha estimar es el juicio rescisorio anejo a la precitada acción, el aspecto de la sentencia de primer grado que es objeto de ataque, procediendo a emitir la providencia de reemplazo como lo dispone el artículo 381.1<sup>10</sup> de la Ley 522 de 1999 llamada a regir el cauce procesal en el evento *sub examine*, se habrá de rememorar que aquella causal, la 6ª del artículo 373 *ejusdem*, fue concebida por el legislador de aquel año en el siguiente tenor: “cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria”.

Respecto de esta causal, que tiene su equivalente en la causal 7ª del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal de 2004, enseña el precedente jurisprudencial del órgano de cierre de esta jurisdicción especializada, que la alegación de la misma ha de someterse al preciso cumplimiento de los siguientes requisitos sustanciales:

*“a) Que se dirija contra una sentencia ejecutoriada cuya condena se haya fundamentado en un criterio jurisprudencial específico de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal;*

*b) Que el referente jurisprudencial de la Sala Penal se cambie mediante un fallo proferido con posterioridad a la providencia que se revisa;*

*c) Que a través de un análisis comparativo se pueda demostrar que fundamentado en el nuevo razonamiento jurídico el proveído atacado habría sido más beneficioso para el demandante.”<sup>11</sup> (...)*

Sobre esta causal, pero bajo el espectro normativo de la Ley 600 de 2000 que la consagra en el numeral 6º del artículo 220 en los mismos términos que el código castrense de 1999, señaló la prenombrada Sala Penal que “es indispensable que el actor no solamente demuestre cómo el fundamento de la sentencia cuya remoción se persigue es entendido por la jurisprudencia de modo diferente, sino que, de mantenerse, comportaría una clara situación de injusticia, pues la nueva solución ofrecida por la doctrina de la Corte conduciría a la sustitución del fallo”, y que por tanto, “no resulta suficiente invocar abstractamente la existencia de un pronunciamiento del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, o de señalar uno concreto

10 “Artículo 381. Revisión de la sentencia. Si la Sala encuentra fundada la causal invocada, procederá de la siguiente forma: 1. Declarará sin valor la sentencia motivo de la acción y dictará la providencia que corresponda, cuando se trate de la prescripción de la acción penal, de ilegitimidad o caducidad de la querrela o cualquier otra causal de extinción de la acción penal, y en el evento previsto en el numeral sexto del artículo 373 del Código Penal Militar. 2...”

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 40093, agosto 15 de 2013, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.



*pero desconectado de la solución del caso, sino que resulta indispensable, además, demostrar cómo de haberse conocido oportunamente por los juzgadores la nueva doctrina sobre el punto, el fallo cuya rescisión se persigue habría sido distinto*<sup>12</sup>, línea de pensamiento que en punto se ha mantenido uniforme y pacífica a la fecha<sup>13</sup>.

Carga demostrativa y retórica aneja a la causal de revisión que gravita sobre la variación jurisprudencial del criterio jurídico en que se fincó la sentencia condenatoria, respecto de la cual prolífica y uniforme también ha sido la jurisprudencia del referido órgano plural, misma que se erige en precedente de obligatoria observación para este Tribunal dada la fuerza vinculante y la naturaleza de fuente formal del Derecho que le imprime el que aquel sea en esta jurisdicción foral el legítimo intérprete del ordenamiento jurídico<sup>14</sup> y el unificador de la jurisprudencia nacional, como ilustra la sentencia proferida, una vez surtidos los pertinentes juicios rescindente y rescisorio, en la que, previo a dar por acreditada y como fructífera la pretensión revisoria impetrada, se acrisoló: (...)

Aquilatado lo anterior, y con miras a la resolución en Derecho del asunto que en la presente oportunidad concita la atención de este Tribunal, habrá de remembarse que la accionante, abogada MABD, postuló en el libelo de la demanda, que no en el correspondiente alegato de parte<sup>15</sup>, la petición principal de que se dicte fallo rescindente en el que se proceda a la redosificación de la pena impuesta al SLR (R) GHA, arguyendo al efecto que para la imposición de la sanción se aplicó *“una ley que no estaba vigente en el Distrito Judicial del Departamento de Antioquia, y me refiero a lo estipulado en el artículo 14º de la Ley 890 de 2014”*.(...)

Así las cosas, cernido el argumento enarbolado por la accionante por el tamiz que ofrecen los referentes conceptuales y jurisprudenciales traídos a colación *ut supra*, desde ya habrá de anunciar la Sala que su anhelo revisorio la advendrá adverso en la medida que palmar se evidencia que no sólo abjuró el deber procesal que le imponía, vía análisis comparativo, demostrar cuál fue el criterio jurídico en que se apalancó la Juez Octava de Brigada del Ejército Nacional para imponer el monto de la pena en contra de su procurado –SLR. (R) GHA-, sino que además pretermitió precisar y acreditar cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a que aludió en el libelo de la acción, varió de manera favorable para los intereses del condenado ese criterio jurídico, al punto que de haber sido este el razonamiento jurídico imperante para la fecha de proferimiento de la sentencia de primer grado que reprocha -13 de febrero de 2006-, otro hubiere sido el *quantum* punitivo que aparejaría la condena impuesta.

12 Revisión No. 21685, diciembre 11 de 2003.

13 Cfr. entre otros, radicado 40093, agosto 15 de 2013, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ y SP2395–2017, radicado No.47143, 22 de febrero de 2007, MP. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

14 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-083 de 1995, C-252 de 2001, C-836 de 2001 y C-539 de 2011. C.fr. Corte Suprema de Justicia, sentencia casación 30571, febrero 09 de 2009; auto 30775, febrero 18 de 2009; auto 31115, abril 16 de 2009; auto 33659, abril 28 de 2010; revisión 32310, mayo 19 de 2010; sentencia segunda 33331 mayo 06 de 2010; auto 36973, septiembre 19 de 2011 y sentencia casación 34853, febrero 1º de 2012.

15 En el escrito correspondiente al alegato de conclusión, la accionante se circunscribió a solicitar “Se tenga como sustento y fundamento legal los aludidos en la Solicitud de Acción de Revisión Penal”, procediendo a sintetizar lo argüido en el libelo de la acción de revisión, falencia que en principio determinaría la declaratoria de desierto de la acción a la voz del arto 379 de la Ley 522 de 1999 dada su precaria sustentación, sin embargo en aras de dar prevalencia a lo sustancial sobre lo formal, la Sala estima cumplida la carga procesal allí impuesta.



Y es que sólo en la medida que hubiere cumplido con un deber demostrativo y argumentativo tal, esta Corporación habría oteado la necesidad de remover la cosa juzgada del aparte del fallo cuya rescisión se pretende a través de la acción promovida, en este evento la punibilidad, en tanto evidenciado y demostrado el yerro que se atribuye al *Iudex A quo* y palmar, por ende, el contenido de injusticia material derivado del mismo, injusticia cuyos nocivos efectos perdurarían de mantenerse incólume la referida cosa juzgada.

Falencia que de alguna manera halla explicación en la potísima circunstancia consistente en que verificada la decisión de primer grado en comento, salta a la vista que la funcionaria autora de la misma, Juez Octavo de Brigada del Ejército Nacional, nunca aludió en la *ratio decidendi* de tal pronunciamiento, tampoco mencionó de paso en lo que claramente sería un *obiter dictum*, a criterio jurídico alguno que la llevare a aplicar en el ejercicio de dosimetría punitiva por ella acometido, el aumento generalizado de penas contenido en el artículo 14º de la Ley 890 de 2004, como tampoco a que este ejercicio lo hiciera bajo consideraciones de hallarse implementado en el Distrito Judicial de Antioquia el Sistema Acusatorio, circunstancia que impone resaltar, además de lo decantado con inmediata anterioridad, la inconexidad de los pronunciamientos del órgano de cierre de esta jurisdicción foral traídos a colación por la libelista, con los fundamentos fácticos y jurídicos que sirvieron de cimiento a la sentencia cuya remoción parcial persigue, máxime que es patente que en aquellos pronunciamientos en momento alguno se hace referencia a esta jurisdicción foral.

Ello compele a esta Corporación a declarar infundada, en punto a la pretensión objeto de análisis, la causal propuesta por la abogada MABD y a declarar infundada la demanda de revisión por ella impetrada al efecto, con mayor razón que aún en el evento de avizorarse algún germen de injusticia en la decisión de primer grado atacada, al tratarse de una acción de naturaleza eminentemente rogada<sup>16</sup>, no es dable a esta Corporación enmendar de oficio el incumplimiento del deber ineludible que atañía a la accionante de observar los requisitos formales previstos en la disposición invocada como fundamento normativo de la acción incoada y los lineamientos decantados a espacio y suficiencia por la Honorable Corte Suprema de Justicia en las providencias *ut supra* referenciadas por este Tribunal castrense.(...)

Igual suerte se habrá de predicar respecto de la acción de revisión impetrada en punto a las pretensiones de la actora orientadas a que se le aplique una rebaja por confesión –bien la mitad (1/2), ora una sexta (1/6) parte- y a que, además, se corrija el yerro en que, en su sentir, se incurrió al momento de tasar la rebaja del diez por ciento (10%) de la pena en virtud de la aplicación del artículo 70 de la Ley 975 de 2005, en tanto este porcentaje debía “sumarse como pena descontada”, no descontarse de la pena impuesta, ello en la medida que –amén de pretermitirse nuevamente la carga dialéctica y demostrativa ya reseñada en relación con la causal invocada-, se pone de relieve, además, la flagrante falta de conexidad con la senten-



cia atacada y con dicha causal, misma que determina la procedencia de la acción de revisión *“cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria”*.

Además de ello, habrá de acotar la Sala, surge prístino el soterrado intento de la abogada accionante, so pretexto de una variación jurisprudencial, de deliberar por vía de la acción impetrada, lo que ya fue ventilado y resuelto en el trámite ordinario de las instancias, enarbolando alegaciones que son propias de estas y que bien pudieron haberse presentado al momento del debate en el juicio oral o postulado de haberse ejercido en tiempo el derecho de impugnación en contra de la sentencia condenatoria cuya remoción parcial ahora se intenta, propósito que, en la medida que es abiertamente ajeno a este mecanismo, igualmente torna en nugatorias las antes citadas pretensiones, avizorándose pertinente recordar, en tanto lo concluido por esta Sala de Decisión guarda plena univocidad con ello, lo que al respecto ha elucidado la Corte Suprema de Justicia (...)

En este orden de ideas, resultando palmar que la accionante no sólo incumplió con la carga demostrativa y retórica aneja a la causal de revisión por ella invocada, dejando en la indemostración la operancia de un cambio jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que modificara de manera favorable los fundamentos de la decisión cuya remoción parcial pretendió, sino que además pretendió adecuar una causal de revisión para revivir el debate sobre cuestiones propias de las instancias y por ende inconexas con la causal 6ª del arto 373.6 de la Ley 522 de 1999, procederá esta Corporación, como fuere anunciado de agraz, a declarar infundada la causal invocada y, consecuencialmente, a despachar desfavorablemente la acción de revisión incoada por cuya vía aquella profesional del Derecho pretendía dejar sin efecto, parcialmente, la sentencia de 13 de febrero de 2006 proferida por el Juzgado Octavo Penal Militar de Brigadas de la ciudad de Medellín, dentro de la presente penal que se adelantare en contra del SLR (R) GHA por los delitos de homicidio agravado, hurto agravado y falsa alarma”. **(Rad. 157953 del 14 de septiembre de 2018, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión)**.



## 5. ACTO ADMINISTRATIVO DELICENCIAMIENTO.

Impacto en el delito de desertión.

“La defensa plantea que la decisión de licenciamiento (Resolución No.126, 27 ago.2015) del AB. DFPC, es un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad y en consecuencia se infiere que cumplió con los requisitos del servicio militar obligatorio, específicamente en cuanto a la duración de doce (12) meses, y en tal sentido argumenta la defensa, que el delito de desertión no se puede imputar por atipicidad de la conducta, sugiriendo el defensor que el procesado no estuvo ausente, amparado en el axioma de la presunción de legalidad del acto administrativo.



Sea lo primero precisar que está probada dentro del sumario, la ausencia física del auxiliar bachiller a las filas por un lapso de tiempo que superó los cinco (05) días que demanda el tipo penal de desertión, situación que no tuvo reparo alguno por parte de la defensa.

Distinto es abordar el tema del acto administrativo del licenciamiento, señalando que goza de presunción de legalidad a pesar que materialmente no haya cumplido con el requisito de validez en el trámite de su expedición, al no haber cumplido con los doce (12) meses de servicio militar efectivo.

Ese acto administrativo de licenciamiento, es una situación particular y concreta, con efectos individuales sobre la terminación del servicio militar obligatorio del AB. DFPC, mas no es una decisión que produzca efectos directos en cuanto a la responsabilidad penal por la comisión del delito de desertión.

Del acto administrativo de licenciamiento, se puede afirmar que el atributo de la eficacia se ve reflejado en la expedición de la libreta militar, y el atributo de la validez se desarrolla por la presunción de legalidad, hasta tanto no se produzca el decaimiento del acto administrativo, ya sea por vía de la revocatoria directa, o la declaración de nulidad. En el caso sub júdice, podría sugerirse que el acto administrativo ha de ser nulado por cuanto los requisitos de validez están viciados ya que materialmente el tiempo de prestación de servicio no fue cumplido en su totalidad por el mencionado auxiliar bachiller.

Consecuente con lo anterior, el acto administrativo encierra una declaración de voluntad por parte de la administración sobre la decisión del licenciamiento del AB. DFPC, de la cual se pregona la presunción de legalidad y por tanto resulta eficaz y surte efectos jurídicos; ahora bien, en el evento de desarrollarse una acción de nulidad por una posible falsa motivación del acto administrativo, se caerían los efectos sobre la decisión administrativa del licenciamiento del mencionado auxiliar bachiller.

En tal sentido, ha de precisarse que la firmeza del acto administrativo o la nulidad del mismo, solo tiene efectos en uno u otro caso sobre la decisión administrativa del licenciamiento, mas no tiene efecto alguno en el caso sub júdice, sobre los presupuestos de la conducta delictiva de desertión.

La única circunstancia en que el acto administrativo de licenciamiento impacta el delito de desertión imputado al AB. DFPC, es en cuanto al término de prescripción de la acción, bajo el entendido que siendo el delito de desertión de aquellos de ejecución permanente (TSM Rad.158237/14 Ago.2015) - (TSM Rad.158263/30 Oct.2015), cuando se produce el acto de licenciamiento, cesa el deber de presencia del policial a las filas y a partir de allí, se iniciaría a contar el término prescriptivo de la acción penal.



puesta defensiva en el caso sub júdice, que el acto administrativo de licenciamiento pueda siquiera condicionar el ejercicio de la acción penal, o tenga la virtud de tarifar la prueba en el sentido de categorizar absolutamente su valor, como verdad consumada e irrefutable (Concepto Procurador. Fol.238).

Adicional a ello, el mismo Ministerio Público (Concepto Procurador. Fol.237) con absoluta razón manifiesta, que la presunción de legalidad es un enunciado fundamentalmente teórico, un deber ser, para llamar la atención que la ausencia de las filas por parte del auxiliar bachiller, es una realidad material y no se puede desconocer bajo el ropaje del contenido teórico de la presunción de legalidad y menos desvirtuar la estructuración típica de la conducta del punible de deserción.

**8.3.-** En suma, se habrá de despachar desfavorablemente la pretensión del apelante, en razón a que el contenido teórico de la presunción de legalidad de la cual goza el acto administrativo de licenciamiento, no implica la eliminación del presupuesto material de la conducta del delito de deserción, cual es la ausencia a las filas desde el día 13 de julio al 26 de julio de 2015, por parte del AB. DFPC.

Con la precisión anterior, no es viable aceptar la propuesta defensiva de la atipicidad relativa frente al delito de deserción, pues recuérdese que está probada la conducta del AB. DFPC de ausentarse por más de cinco (05) días a las filas, lapso de tiempo que constituye un elemento descriptivo contenido en la conducta prevista en el tipo penal de deserción (Ley 1407 de 2010, art.109) y en ese orden de ideas, al no tener dudas sobre el sujeto activo, ni sobre los ingredientes subjetivos, normativos, o descriptivos, no es viable predicar la atipicidad relativa que invoca la defensa”. **(Rad. 158587 del 24 de enero de 2017, M.P. CR (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Tercera Sala de Decisión).**



## **6. ARTÍCULO 97 DE LA LEY 1765 DE 2015. ACEPTACIÓN DE CARGOS Y CONFESIÓN.**

Diferencias.

“Pero como si lo anterior fuera poco, un ponderado análisis tendiente a verificar el régimen de equivalencias entre los presupuestos fáctico-procesales de ambos institutos jurídico y si se hallan regulados en diversas legislaciones que dan a cada uno soluciones de derecho diferentes, arrojan un resultado adverso a la pretensión de la recurrente, tornando nugatoria la misma, como pasa a verse.

1. Sea lo primero acotar que mientras que la aceptación de cargos prevista en el multicitado artículo 97 de la Ley 1765 de 2015 se halla enlistada en el capítulo II “*Disposiciones para garantizar la plena operatividad del sistema penal acusatorio en la jurisdicción especializada*”, no existe en el código que rige actualmente el aspecto ritual de los procesos



penales surtidos en esta jurisdicción –Ley 522 de 1999 adicionado por la Ley 1058 de 2006-, instituto procesal con efectos sustanciales similar o análogo, existiendo tan sólo el de la aceptación de cargos introducido por la última de estas leyes que se produce en etapa procesal diferente (juicio) y comporta rebaja punitiva diversa (1/6 parte de la pena imponible), esto en tanto uno de los axiomas de la justicia premial es que más distante se encuentre el proceso del juicio, el allanamiento genera un mayor descuento punitivo y viceversa.

2. La aceptación de cargos para que apareje una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible puede darse tanto en la indagatoria como en posterior ampliación de la misma, la confesión simple –que es la que se ha asimilado a aquella- ha de tener lugar en la primera versión judicial rendida por el sumariado.

3. La rebaja aneja al primer instituto es de **hasta** la mitad de la pena imponible, es decir, puede oscilar entre el 50% de esta y una fracción menor, la propia de la referida confesión es inamovible y corresponde a una sexta (1/6) parte de aquella.

4. En la aceptación de cargos, los hechos y circunstancias con base en los cuales se formula el cargo que habrá de ser aceptado o no por el procesado los propone el juez instructor con base en la prueba recaudada. En la confesión, los hechos y sus circunstancias son narrados al funcionario por el procesado a su propia iniciativa y de acuerdo a su participación en la comisión del delito.

5. El juez de instancia, o de conocimiento si se quiere, debe llevar a cabo un control de legalidad por virtud del cual puede rechazar o aceptar la admisión de los cargos realizada por el sindicado si encuentra que se conculcaron garantías fundamentales por cuanto estos fueron inadecuadamente imputados o porque avizore que la aceptación no fue libre, voluntaria, espontánea e informada. La confesión, simplemente es valorada y confrontada con otros medios de prueba por el funcionario para constatar su veracidad sin que proceda su rechazo o aceptación, si resulta inveraz la consecuencia no es su improbación o rechazo, sino la no concesión de poder suasorio.

6. Si bien ambos institutos conllevan la expresa aceptación de responsabilidad penal por la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable, con la aceptación de cargos se renuncia a la posibilidad de tener un juicio público, oral, contradictorio e imparcial previa acusación llevada a cabo por el funcionario competente al efecto, al igual que al derecho de allegar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra. En la confesión simple – que no la cualificada por obvias razones-, no hay símil renuncia.



7. No obstante que la aceptación de cargos y la confesión simple exigen admisión de responsabilidad penal sin condicionamiento alguno, al procesado le es dable retractarse de esta última pero no de aquella.

8. Llevada a cabo una aceptación de cargos no es dable entrar posteriormente en discusiones dogmáticas atinentes al delito imputado o sobre valoración probatoria, siendo sólo posible discutir en sede de apelación y posteriormente alegar en casación la vulneración de sus garantías fundamentales, el *quantum* de la pena y los aspectos operacionales de la misma. En la confesión – bien simple, ora calificada-, es factible retractarse de lo inicialmente admitido.

9. Aceptados los cargos imputados fáctica y jurídicamente, y reconocida por ende la responsabilidad penal, procede levantar un acta que equivaldrá a la acusación y servirá, junto con la aceptación, de fundamento a la sentencia. La confesión –simple o cualificada- no es necesariamente el fundamento del fallo.

10. En tratándose de la aceptación de cargos el juez instancia, o de conocimiento, tiene como únicas opciones dictar sentencia condenatoria o decretar nulidad, dependiendo de si se afectaron o no garantías fundamentales. En eventos de confesión simple la decisión puede ser absoluta.

11. No obstante hallar los dos institutos origen en la justicia premial, la aceptación de cargos es una de las formas de terminación abreviada del proceso penal, y responde a una política criminal cuya finalidad es la de lograr mayor eficiencia y eficacia en la aplicación de justicia, pues mediante ella se autoriza al juez para emitir el fallo que pone fin al proceso antes de agotarse o cumplirse todas las etapas procesales establecidas por el legislador, las que se consideran innecesarias, dada la aceptación por parte del procesado de los hechos materia de investigación y de su responsabilidad como autor o partícipe de los mismos<sup>17</sup>. La confesión en cualquiera de sus modalidades guarda naturaleza tan sólo de medio probatorio.

12. Con la aceptación de cargos se renuncia al principio de presunción de inocencia, con la confesión – incluso la simple -, no.

13. Con la aceptación de cargos se renuncia a controvertir en el juicio las pruebas. La confesión, por lo contrario, debe hallar sustento en otras pruebas, aducidas por el confeso o de oficio por la administración de justicia, que pueden infirmar la misma.

17 Corte constitucional, sentencia C-425 de 1996, MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Definición similar se inserta en la sentencia SU-1300 de 2001, MP MARCO GERARDO MONROY CABRA.



14. Si en el proceso penal existen suficientes elementos probatorios que permiten demostrar que la aceptación, tanto de los cargos como de responsabilidad penal, por parte del sindicado, son veraces y se ajustan a la realidad, y se respetaron las garantías fundamentales de aquel, no tiene sentido observar una serie de ritos procesales para demostrar lo que ya está suficientemente demostrado. Con la confesión, así sea corroborada por otros medios probatorios, no sucede lo mismo". (Rad. 158426 del 13 de febrero de 2017, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).



## 7. ARTÍCULO 97 DE LA LEY 1765 DE 2015-ACEPTACION DE CARGOS.

Requisitos para la concesión de la rebaja de pena. Inviabilidad cuando el sindicado expone una causal de ausencia de responsabilidad. Improcedencia de retrotraer la actuación con el propósito de ampliar indagatoria.

"Tampoco es dable afirmar que en el caso bajo estudio se vulneró el debido proceso porque la aceptación de cargos por parte del sindicado en la indagatoria, *"conlleva un descuento punitivo automático en los términos de la legislación penal procesal castrense (hasta la mitad de la pena imponible)"*<sup>18</sup>, como lo precisa de manera contundente la señora Juez A-quo, porque para la concesión del beneficio punitivo previsto en la ley 1765 de 2015, artículo 97, se encuentra sujeta a unos presupuestos o requisitos.

La actuación que se realice con miras a conseguir ese objetivo, se encuentra sometida al cumplimiento de unos presupuestos precisos determinados por la ley: a) diligencia de indagatoria en la que se realice imputación de cargos (fáctica y jurídica), consecuente con los medios de prueba allegados al proceso; b) **aceptación de cargos en forma libre, voluntaria y espontánea**; c) legalización de los cargos aceptados la diligencia de indagatoria, mediante un acta de allanamiento a cargos; d) control de legalidad por parte del Juez de Conocimiento, en el que se acepte el allanamiento a cargos, y; e) sentencia fundada en la aceptación de cargos.

Se insiste, sin mayor esfuerzo analítico, en este caso refulge qué, a pesar de haberse formulado la imputación de cargos por parte del Instructor en la diligencia de indagatoria, el procesado no realizó **aceptación de cargos en forma libre, voluntaria y espontánea** en la diligencia de indagatoria, presupuesto antecedente y consecuente para continuar con la ritualidad allí prevista, por el contrario, como lo afirma la apelante, planteó que su comportamiento estaba justificado por una causal de ausencia de responsabilidad.



Consecuente con las razones precedentes, se puede afirmar que efectivamente la concesión de la rebaja prevista en la ley 1765 de 2015, artículo 97, *“no depende de la liberalidad del operador judicial por cuanto viene dado por la ley”*<sup>19</sup>, pero no en el sentido que la señora Juez A-quo le quiso dar, en cuanto da a entender que se trató de un abuso del Instructor, sino que el otorgamiento de ese beneficio punitivo está sometido a unos requisitos previstos en la ley, por tanto, se insiste, el Instructor en el caso bajo estudio no podía dar el trámite previsto en la citada disposición, porque no se cumplían esos presupuestos.

Las anteriores razones, nos llevan a afirmar que no es cierto que, como lo afirma la señora Juez de Conocimiento, por el hecho que el Instructor solamente se haya limitado a realizar la imputación y haya omitido indicarle al procesado de manera expresa el contenido de la citada norma, se *“puso en manifiesta desigualdad frente a la ley procesal militar”*<sup>20</sup> y que por esa razón se deba decretar la nulidad de lo actuado, pero no expresa las razones por las cuales estima que se vulneró ese principio, se limita a transcribir una serie de jurisprudencias de la Corte Constitucional, que no tienen ninguna relación con lo ocurrido procesalmente en el caso bajo estudio.

Por el contrario, examinada la actuación procesal se evidencia que el Instructor, dado que el procesado no se allana a los cargos que le imputa en la indagatoria y por el contrario justifica su actuar, respeta el derecho a la presunción de inocencia del indagado y continúa con la investigación, como se halla previsto en la ley punitiva castrense, es decir, le dio el tratamiento previsto en la ley para esos casos.

Finalmente, la Sala no comparte el argumento de la señora Juez de Conocimiento, según el cual, *“De manera alguna puede considerarse legal el continuar el proceso bajo las ritualidades de la ley 522 de 1999 sustrayendo al investigado la oportunidad que le da la ley 1765/15 de aceptar cargos y obtener la rebaja en cita”*, dado que, ante la no aceptación o allanamiento a cargos (como quiera decirse) en la diligencia de indagatoria, imperativamente prima el derecho a la presunción de inocencia del procesado, por tanto, se debía continuar con el trámite procesal previsto en la ley 522 de 1999 (definir la situación jurídica, perfeccionar la instrucción, calificación del mérito del sumario), como efecto ocurrió, pues al estado le asiste la carga procesal de derribar la presunción de inocencia del investigado.

Coherente con las razones expresadas en precedencia, la Sala debe revocar la nulidad decretada en el auto del 29 de agosto de 2016, dado que la única finalidad que busca la Juez A-quo con esta decisión, es la de ampliar la diligencia de indagatoria para que el Juez de Instructor le imponga el contenido del artículo 97 de la ley 1765 de 2015, cuando la presente causa ya ha transitado por las etapas de investigación y de calificación y se encuentra ad - portas a iniciar la audiencia de acusación y aceptación de cargos ante el Juez de Instancia, lo cual implicaría una transgresión al principio de economía procesal, de las formas propias de cada juicio, celeridad,

19 Folio 132 co 1.

20 Folio 133 co 1



de la aplicación de pronta y cumplida justicia, pero lo más grave, la vulneración al principio de la presunción de inocencia de la que goza el procesado.

Se dice que con esa decisión se vulnera el principio de celeridad y economía procesal; de progresividad dado por la preclusión de las etapas procesales; de las formas propias de cada juicio; de la aplicación de pronta y cumplida justicia, en cuanto implica repetir de manera innecesaria todo el trámite procesal ya recorrido, solo para colocarle de presente los beneficios punitivos que trae el artículo 97 de la ley 1765 de 2015, ante una posible aceptación de cargos, advertencia no prevista en la ley.

De otro lado, no ha de olvidarse que el hecho de nulitar con la finalidad de ampliar la diligencia de indagatoria para informarle al sindicado que de aceptar los cargos imputados, tiene la posibilidad (no opera de manera automática) de obtener una rebaja punitiva de hasta el 50%, sería tanto como provocar ese allanamiento a cargos (en caso de presentarse), en contravía de la aceptación libre, espontánea y voluntaria de cargos contenida en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, situación que conllevaría a una burda y grosera vulneración del principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia, como elementos estructurales del debido proceso.

Corolario de lo expuesto a lo largo de estas consideraciones, la Sala debe señalar que las irregularidades argumentadas por la señora Juez Primero Militar de Brigada, no se evidencian dentro del proceso, por el contrario, se observa que la instrucción se halla adelantada conforme al principio de legalidad, motivos suficientes para compartir parcialmente los argumentos de la recurrente Fiscal 12 Penal Militar, por tanto, se despachará de manera favorable las pretensiones de la alzada, en consecuencia, se revocará la nulidad decretada en la providencia del 29 de agosto de 2016, como única pretensión incoada por la recurrente y se ordenará la devolución del proceso al Juzgado de Primera Instancia, para que continúe con la etapa de juicio.”. (Rad. 158555 del 27 de febrero de 2017, M.P. MY (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Cuarta Sala de Decisión).



## 8. ATAQUE AL SUPERIOR/INFERIOR.

El sujeto pasivo es el Estado. No admite la figura de la legítima defensa como causal de ausencia de responsabilidad.

“Ahora bien, existen bienes jurídicos cuya titularidad está en cabeza de una persona natural o jurídica y otros bienes jurídicos que se transforman en la titularidad del colectivo social o del sistema jurídico. Frente a los primeros la doctrina es pacífica en el sentido de aceptar la legítima defensa por parte del titular de dicho bien jurídico, pero frente a esos bienes jurídicos del sistema o del colectivo social, no es tan pacífica (Velásquez, 2010)<sup>21</sup>.



En el mismo sentido, la doctrina hace referencia a la imposibilidad de la legítima defensa con respecto a bienes jurídicos de titularidad supra individual, bajo la premisa que la redacción de la causal de legítima defensa presupone que ella solo es posible respecto de bienes o derechos individuales o personales (Puente, 2003)<sup>22</sup>, a manera de ejemplo no podrían involucrarse en la figura de la legítima defensa, la protección de bienes jurídicos como el orden económico y social, la seguridad del Estado, la administración de justicia, por lo que resultaría insensato aceptar el derecho de defensa de los llamados grupos de auto defensa que buscan controlar el orden público bajo el argumento que se está poniendo en peligro la subsistencia del Estado de Derecho y el orden constitucional.

Corolario de lo anterior, se considera entonces que la legítima defensa se configura en la facultad de auto protección, en búsqueda de restablecer el derecho negado por la agresión, lo que implica no sancionar a quien actúa para defender bienes jurídicos individuales o personales, propios o de terceras personas ante una agresión injusta, sin embargo, en el caso sub júdice el SLP. JNMA no puede alegar legítima defensa del bien jurídico de la disciplina, pues él no es el titular de dicho bien jurídico, tampoco es sujeto pasivo del delito, sino que es el objeto material de la conducta inadecuada del suboficial, por ello, no puede alegar defensa propia, tampoco podría alegar defensa del tercero titular de la disciplina –Fuerza Pública– pues la disciplina es un bien jurídico de carácter institucional, el que se defiende a través de la autoridad disciplinaria, de manera que en ambas hipótesis actuar a nombre propio o de un tercero para defender la disciplina, suplanta el régimen disciplinario y se caería en una justicia de propia mano ilegítima.” (...)

“En el punible de ataque al superior ni el SS. CVL ni el SLP. JNMA, son titulares del bien jurídico de la disciplina al ser este un bien supra individual, colectivo, o social, que busca la vigencia de un sistema jurídico y organizacional. En este sentido, si la legítima defensa parte de la premisa del conflicto entre bienes jurídicos del agresor y del agredido, en el caso sub júdice ninguno de los dos es titular del bien jurídico de la disciplina, y consecuente con ello ninguno podría alegar la defensa dicho bien jurídico.

Lo anterior lleva a esta Sala de Decisión, a afirmar que en el caso sub júdice ante la imputación jurídica del punible de ataque al superior, no resulta viable la aplicación de la causal de ausencia de responsabilidad de la legítima defensa. “ (...)

**8.3.-** El Juzgado Militar Sexto de Brigada, reconoce la configuración de la legítima defensa dentro del punible de ataque al superior imputado al SLP. JNMA, sin embargo, como se indicó en precedencia, esta figura no es viable, pues el imputado no se puede abrogar la titularidad del bien jurídico de la disciplina como un bien individual y personal, pues se itera, el bien jurídico de la disciplina, es de aquellos denominados supra individuales o sociales”. **(Rad. 158551 del 27 de febrero de 2017, M.P. CR (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Tercera Sala de Decisión).**



## 9. AUTO DE SUSTANCIACIÓN.

El que no acepta el acta de allanamiento a cargos no es susceptible de recurso alguno.

“Debe advertir esta Corporación *ab initio* que como la decisión objeto del recurso de apelación fue proferida por el Juzgado Décimo de Instancia en el desarrollo del trámite establecido por el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, la Sala, de acuerdo con las facultades otorgadas por la norma en comento al funcionario de primera instancia, considera que carece de competencia para pronunciarse respecto de los recursos de apelación que se interpusieron por las partes en contra de dicho proveído, dado que esta decisión no era susceptible de recurso por las razones siguientes:

El recurso de apelación previsto en la jurisdicción penal militar, tanto en el modelo de procedimiento ordinario de la Ley 522 de 1999, como en el especial de la Ley 1058 de 2006, tiene como finalidad controvertir la legalidad de la providencia emitida por el inferior a efectos que el superior la revise y corrija los posibles errores en que pudo haber incurrido el juez al momento de decidir.

La doble instancia, surge entonces como *garantía ante la necesidad de preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho, ya que asegura la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el juez o fallador en la adopción de una decisión judicial o administrativa, y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad de la Constitución o la ley*<sup>23</sup>.

Esta garantía constitucional resulta posible siempre y cuando se proceda contra decisiones que son susceptibles de ser atacadas por vía de recurso como por ejemplo lo establece para la jurisdicción especializada el artículo 360 del Código Penal Militar, cuando indica que el uso de los mecanismos de contradicción por parte de los sujetos procesales únicamente resulta procedente cuando se pretenda atacar la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia.

Pues bien, en esta oportunidad resulta manifiesta la improcedencia de las impugnaciones presentadas por el abogado defensor y el Ministerio Público, por cuanto contra el auto de sustanciación que dispuso no aceptar el acta de allanamiento a cargos efectuada por el sindicado cabo tercero WRO dentro de la actuación que se le sigue por el delito de abandono del servicio, no procedía recurso alguno pues no fue contemplado este recurso dentro del procedimiento que se debe agotar para dar aplicación al artículo 97 de la Ley 1765.

El Tribunal Superior Militar en su tesis mayoritaria ha venido dando aplicabilidad al instituto de la aceptación de cargos teniendo como fundamento la existencia de un esquema procesal mixto regulado por la Ley 522 de 1999 y complementado por la nueva normatividad, asegurando que dicho procedimiento no se encuentra



condicionado a la implementación del sistema procesal acusatorio en la jurisdicción foral, sino que se corresponde con la necesidad de descongestionar los despachos para que se pueda hacer un tránsito correcto al nuevo sistema penal de tendencia acusatoria y se pueda tener plena operatividad<sup>24</sup>.

Pese a que existe una postura minoritaria<sup>25</sup> que considera la imposibilidad de aplicar la norma hasta que no se implemente el sistema oral en la Justicia Militar, el procedimiento con miras a la aceptación de cargos ha venido cobrando vigencia y siendo de constante operatividad por parte de los funcionarios judiciales de primera instancia, lo cual conlleva a que se brinde plena observancia al postulado de las formas propias de cada juicio con el fin de garantizar la claridad y seguridad frente al trámite bajo el cual los procesados van a someter la resolución de su caso, puesto que ello no puede obedecer a improvisaciones e interpretaciones filosóficas de quienes administramos justicia.

En tal sentido, el artículo 97 de la ley 1765 de 2015 (Por la cual se reestructuró la Justicia Penal Militar) señala que *“Cuando durante la investigación el procesado sea escuchado en indagatoria, y dentro de esta diligencia aceptare los cargos que le impute el juez de instrucción, tendrá derecho a una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible”*.

A continuación establece que el juez de instrucción debe proceder a levantar un acta en donde consten los cargos aceptados por el procesado, la cual tendrá el mismo valor que una resolución de acusación, por lo que deberá remitir en forma inmediata todo lo actuado al juez de conocimiento.

Del estudio del paginario se desprende que hasta este mandato procesal hubo estricto acatamiento del procedimiento, así, el 5 de mayo de 2017<sup>26</sup>, fue escuchado en indagatoria el suboficial retirado WRO y en desarrollo de dicha diligencia dijo aceptar en forma libre, consciente y voluntaria los cargos que le hiciera el Juez 69 de Instrucción Penal Militar, quien procedió en la misma fecha a levantar el acta correspondiente<sup>27</sup> y posteriormente a remitir todo lo actuado al Juzgador de Instancia.

En el cumplimiento de la función judicial que le impone el procedimiento que se viene agotando, el Juez Décimo de Brigada realizó la verificación de la imputación de los cargos, y en dicho análisis consideró que el procesado no podía hacerse acreedor al beneficio de la rebaja de la mitad de la pena por no haber comparecido en termino al proceso y con esta actitud haber permitido el desgaste del aparato judicial por más de tres años, aún más cuando tuvo conocimiento que era requerido por la justicia<sup>28</sup> por tal motivo ordenó el envío del proceso a la Fiscalía 20 Penal Militar para lo de su competencia y dispuso de la notificación a las partes quienes impugnaron la decisión del *A quo*.

24 Véase en este sentido radicados 158456, 158110, 158382, 158387, 158393, 158455, 158381, 158372, 158410 y 158438.

25 TSM. Rad. 158304 MP. CR (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS, 1 de diciembre de 2015. (con salvamento de voto).

26 Obra a folios 368-370.

27 Obra a folios 371-374

28 Folios 338-395



Si se tiene en cuenta lo señalado en el artículo 97 *ibidem* la competencia del fallador frente a los cargos aceptados por el procesado se encuentra limitada a la verificación de una admisión libre, voluntaria o espontánea, y a la confirmación de una imputación fáctica y jurídica adecuada de cara con los medios probatorios aportados hasta el momento procesal para proceder seguidamente a dictar sentencia.

Aunque la norma no establece en que forma el juez se debe pronunciar acerca de la legalidad de la aceptación de los cargos por el imputado, se entiende que la finalidad de este procedimiento especial es de agilizar y dar celeridad a los procesos penales militares que se encuentran en curso mediante la supresión de etapas procesales, luego resultaría contradictorio aceptar el novísimo procedimiento realizado por el Juez Décimo de Brigada de convertir en recurrible un auto que por su naturaleza claramente no lo es; obsérvese que se trata de un auto de sustanciación que le da curso a la actuación procesal subsiguiente es decir a la sentencia, auto de sustanciación en el cual la ley no le da facultades al Juez de Conocimiento para negar, reconocer, alterar o modificar los derechos que tienen los sujetos procesales<sup>29</sup> frente a la aceptación de cargos que hicieran en la indagatoria.

Ahora, bien puede ocurrir que el Juez de Instancia en la verificación de los aspectos sustanciales que el articulado le ordena para impartir legalidad al acto de aceptación de cargos, encuentre una serie de irregularidades que afecten el debido proceso y las garantías fundamentales del proceso, en tal sentido deberá proceder de conformidad con las herramientas que le otorga la ley procesal como es la declaratoria de la nulidad del acta con el fin que se subsane la actuación por parte del instructor con miras al adelantamiento de un proceso penal ajustado a derecho.

También puede encontrarse el Fallador con la imposibilidad de otorgar al procesado la rebaja de hasta la mitad de la pena en atención a las circunstancias particulares del caso, es decir aquellas que podían estar relacionadas con la colaboración prestada eficaz y oportunamente con la administración de justicia, lo cual deberá ser objeto de pronunciamiento en la sentencia al momento de realizar el ejercicio de dosificación punitiva.

En ese orden de ideas, resulta errado que el Juzgador de Instancia haya notificado el auto del 20 de junio de 2017 concediendo la alzada ante esta Instancia de un auto de sustanciación contra el cual no procedía recurso alguno de acuerdo a lo explicado en precedencia, por tal motivo en esta oportunidad, reiteramos, resulta manifiesta la improcedencia de las mentadas impugnaciones.

Finalmente, constituye presupuesto necesario de pronunciamiento por parte de la Sala la libertad del procesado, toda vez que si bien a la fecha acumula 100 días de privación efectiva de la libertad de conformidad con lo establecido en el artículo 539 de la Ley 522 de 1999 no confluiría ninguna de las causales para otorgarle el derecho a una libertad provisional.



Téngase en cuenta que, si nos encontramos adelantando el procedimiento especial del artículo 97 de la ley 1765 de 2015 el acta que suscribió el sindicato y su defensor el día 5 de mayo de 2017 en donde se aceptaron cargos por el delito de abandono del servicio equivale a la resolución de acusación y en tal sentido los términos no se encontrarían vencidos”. (Rad. 158738 del 04 de agosto de 2017, M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Primera Sala de Decisión).



## 10. CALIFICACIÓN JURÍDICA.

Principio de congruencia estricto en la jurisdicción castrense.

“Ahora bien, el principio de congruencia ha sido contemplado en diferentes ordenamientos de carácter penal, así por ejemplo, en vigencia de la Ley 600 de 2000, se podía variar por parte de la Fiscalía la calificación jurídica sin restricción alguna por título o capítulo del Código Penal, siempre y cuando dicha modificación no correspondiera a la imputación de un nuevo delito concursando con el anterior, ello cuando se advertía el error por parte del funcionario acusador al valorar los elementos de convicción o en la selección del precepto que regula el comportamiento investigado, o cuando por prueba sobreviniente se altera un elemento estructural del tipo, la forma de coparticipación, la imputación subjetiva o algún evento configurador de una circunstancia que modifique los límites punitivos para hacer más gravosa la situación del enjuiciado<sup>30</sup>. Por otra parte, si el Fiscal estimaba dable reconocer una circunstancia específica de atenuación o, en general, que se le debía aminorar la responsabilidad, así lo debía alegar y no proceder a modificar la calificación.

Por su parte, la Ley 906 de 2004, introdujo en su artículo 448 el principio de congruencia, en donde se establece que el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena, situación cuyo alcance ha venido siendo reglado por la jurisprudencia constitucional y penal, determinando que la aplicación dentro de la jurisdicción ordinaria del principio de congruencia tiene un carácter flexible, en cuando puede resultar modificada la calificación jurídica establecida en la acusación pero nunca el núcleo de la imputación fáctica, previó el cumplimiento de determinados requisitos.

Sin embargo, dentro de la jurisdicción penal militar, el principio de congruencia registra una aplicación diferente, en la medida que el numeral 4º del artículo 557 de la Ley 522 de 1999 establece que la calificación jurídica, en que se fundamenta la acusación, debe señalar expresamente el delito o delitos atribuidos y sus circunstancias específicas, mientras que el numeral 3º del artículo 398 de la Ley 600 de 2000, determina que la calificación jurídica que contiene la resolución de acusación

30 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de mayo de 2009, Rad. 26050, MP. Julio Enrique Socha Salamanca.



es de carácter provisional. Situación que distingue la resolución de acusación proferida dentro de la jurisdicción especializada.

En otras palabras, la resolución de acusación, dentro del procedimiento penal castrense, debe contener los aspectos personal, fáctico y jurídico que abordará la sentencia como pronunciamiento conclusivo del proceso, puesto que es frente a la tesis que plantea el Fiscal Militar como titular de la acusación que el fallador de primera instancia debe pronunciarse, luego de confrontarla con la antítesis presentada por la defensa. Labor que implica la aplicación estricta del principio de congruencia dentro del procedimiento establecido por la Ley 522 de 1999, en la medida que la norma adjetiva militar no involucró la posibilidad de variar la calificación jurídica, como si lo permitía el artículo 404 de la Ley 600 de 2000. Aspecto frente al cual la Corte Suprema de Justicia, señaló:

“El Código Penal Militar contempla dos procedimientos para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública que incurran en su actividad en delitos relacionados con el servicio.

Un trámite ordinario con estructura de tendencia acusatoria en cuanto escinde las funciones de investigación, acusación y juzgamiento que se adelanta en una indagación preliminar, sumario y corte marcial (artículos 451 a 577), y otro especial, por lo abreviado, para determinados ilícitos (artículos 578 y 579).

En el general, el sumario se da inicio con el auto de formal investigación penal y se desarrolla con la vinculación mediante indagatoria o declaración de persona ausente del imputado, la posterior resolución de situación jurídica con la eventual imposición de medidas de aseguramiento de conminación, caución o detención preventiva, —ésta última cuando se trata de delitos que tengan pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años o atentan contra el servicio o la disciplina y también cuando medie captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión—.

Perfeccionada la investigación el funcionario de instrucción penal militar remite el expediente al Fiscal respectivo y éste la cierra, a no ser que considere necesaria la práctica de más pruebas en cuyo caso debe retornarlo al instructor. Tras la clausura y presentación de alegatos se profiere la calificación bien con cesación de procedimiento o con la resolución de acusación en cuyo caso como requisitos formales ésta debe contener, entre otros, “la calificación jurídica en que fundamenta su acusación, con señalamiento expreso del delito o delitos y de sus circunstancias específicas.”

En la siguiente fase de juicio de Corte Marcial, el Juez de Primera Instancia efectúa el control de legalidad para establecer si exis-



ten causales de nulidad que ameriten rehacer la actuación, en caso negativo, decreta el inicio del juicio corriendo traslado a los sujetos procesales para solicitar pruebas, luego de lo cual se fija fecha para adelantar la audiencia de Corte Marcial y en su adelantamiento tras la práctica probatoria e intervención de los sujetos procesales se dicta y se notifica la sentencia.

De otro lado, el procedimiento especial previsto inicialmente en el artículo 578 del Código Penal Militar, contemplaba los denominados delitos de servicio y los mencionados en el título octavo del libro segundo denominado "OTROS DELITOS" en el cual se encuentra el artículo 188 de las lesiones personales cuando no superan los treinta (30) días de incapacidad.

Es esa actuación abreviada el juez adelantaba la investigación en el término de 15 días. Luego de escuchar en indagatoria al procesado o emplazarlo por dos (2) días para declararlo persona ausente, resolvía la situación en los dos (2) días siguientes, una vez perfeccionado el instructivo por auto de sustanciación, el juez de primera instancia declaraba la iniciación del juicio y daba traslado a las partes por dos (2) días para la solicitud de pruebas, las cuales se debían practicar en los cinco (5) días siguientes y luego de surtir traslado a los sujetos procesales, emitía fallo.

Tal procedimiento especial fue modificado por la Ley 1058 de 2006 previsto ahora para los delitos de desobediencia, abandono del puesto, abandono del servicio, lesiones personales cuya incapacidad no supere los treinta (30) días sin secuelas, entre otros, con la expresa salvedad prevista en el artículo 2° de la misma ley acerca de que en los procesos que a su entrada en vigencia (julio 26 de 2006) ya se hubiere iniciado el juicio, se continuarían tramitando hasta su culminación por las normas de procedimiento de corte marcial.

En este trámite especial ahora se ha de agotar una inicial audiencia de conciliación cuando se trata de los delitos de hurto, abuso de confianza, daño en bien ajeno y lesiones personales que no superen los treinta (30) días de incapacidad. Su trámite se debe surtir en el lapso de treinta (30) días, tras lo cual el Fiscal entra a calificar el mérito probatorio y si profiere resolución de acusación, ha de solicitar al juez de conocimiento la convocatoria a una audiencia de acusación y aceptación de cargos. Si el procesado los acepta se emite fallo anticipado concediéndole la rebaja de una sexta parte de la pena, en caso contrario, se surten los trámites de la audiencia de Corte Marcial.

**El anterior recuento permite evidenciar que en el trámite ordinario que se sigue en la justicia penal militar, no existe el acto re-**



**lacionado con la posibilidad de variar la calificación jurídica durante el juicio, como lo prevé el procedimiento penal ordinario de que trata la Ley 600 de 2000”<sup>31</sup> (Negrillas fuera de texto).**

En estas condiciones, para la Sala es claro que en la etapa de juicio que se sigue bajo la ritualidad de la Ley 522 de 1999, ni el Fiscal Militar ni el Juez de Instancia pueden variar la calificación jurídica, pues opera el principio de congruencia en estricto sentido como limitante”. (Rad. 158156 del 18 de diciembre de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de decisión).



## 11. CAMBIO DE RADICACIÓN.

Las causales son taxativas. Carga argumentativa y probatoria del peticionario.

“Meridiano refulge, así, que la solicitud de cambio de radicación, medida extrema con la cual se busca que el ambiente para la investigación y el juzgamiento, vale decir, para la impartición de justicia, sea el más apropiado, ha de estar debidamente motivada por quien pretende que aquella le sea favorablemente dispensada, ello en aras de que el superior funcional llamado a decidir el incidente pueda construir el juicio de valor correspondiente, determinando si en la sede donde regularmente se debe adelantar y culminar el proceso, las condiciones resultan propicias o nocivas para garantizar la rectitud de juicio y la transparencia en la delicada tarea de administrar justicia; ello, agrega la Sala, en la medida que no existan mecanismos jurídicos alternativos que permitan neutralizar las causas que llevan a invocar la aplicación de la pluricitada figura, o cuando, no empeece haberse empleado tales mecanismos, estos han resultado inanes o inoperantes.

Y es que sólo en la medida que quien pretende el cambio de radicación del proceso acredite, argumentativa y probatoriamente hablando, las razones fácticas que determinan su petición, precisa la Sala, es plausible que el llamado a resolver lo pertinente, en este caso este Colegiado, realice la sopesada ponderación que corresponde en punto a si ciertamente en el sitio donde se está adelantando la investigación existen circunstancias externas que puedan afectar el normal desarrollo y ejercicio integral de la administración de justicia, al punto que sea aconsejable, de resultar positivo dicho análisis, acceder a referido cambio, aserto que resulta plenamente unívoco con lo que al respecto ha acrisolado la Suprema Corte, esto en los siguientes términos:

*“...En razón de lo anterior, es imprescindible entonces, que dentro del trámite incidental que adelanta la Corte, el peticionario demuestre fundadamente las circunstancias argüidas como motivo del cambio de radicación, ya que, dada su connotación ellas deben ser objetivas, perceptibles, demostrables y esencialmente, exentas de error, toda vez que en el trámite establecido por la ley para esta clase*

31 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de mayo de 2009, Rad. 26050, MP. Julio Enrique Socha Salamanca.



*de peticiones, no existe un período que permita practicar pruebas de oficio o a solicitud de parte, en orden a verificar las afirmaciones incluidas en la solicitud...<sup>32</sup>.*

De esta manera, cernido el asunto que concita la atención de esta Corporación, por el tamiz que brindan las anteriores precisiones conceptuales, resulta evidente que precario resulta, para los efectos propios de este trámite incidental, el planteamiento expuesto por el empapelado, SLP. MAOCH, esto en la medida que el argumento al que acude en procura de sacar adelante su anhelo, tan sólo apalancado en su subjetivo dicho, sin prueba alguna, resulta ajeno, se itera, a las precisas y objetivas circunstancias que permiten exceptuar la regla general de competencia cimentada en el factor territorial y, amén de ello, ni siquiera se soporta en medio de convicción idóneo que permita vislumbrar objetiva y válidamente la existencia de situación externa alguna atentatoria del orden público, de la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, de las garantías procesales, de la publicidad del juzgamiento, o de la seguridad o integridad personal de los sujetos procesales o del funcionario judicial<sup>33</sup> que conoce la causa penal que se tramita en su contra por el reato de abandono del servicio de soldados profesionales o voluntarios.

Pero como si ello no fuera suficiente para despachar desfavorablemente el pretendido cambio de radicación, como se anunciare de agraz, resulta manifiesto que aducir que ello tiene como finalidad cumplir con las eventuales citaciones que se hagan, por manera alguna se erige en argumento por sí mismo suficiente para reputar válidamente que no se va a cumplir con los propósitos de la justicia, o que hay un ambiente impropio que amenace la incolumidad de las garantías de los sujetos procesales, como para aplicar la prenombrada excepción a la regla general de competencia territorial, menos aún si se tiene en cuenta que de la revisión del plenario no se avizora ninguna conculcación de tales garantías y que el juzgado instructor ha sido garantista al acudir a la figura de la comisión<sup>34</sup> a fin de lograr la efectiva vinculación del SLP. MAOCH a través de diligencia de inquirir<sup>35</sup>, al igual que al enterar a este y a su defensor de confianza del contenido del auto por medio del cual dicho despacho resolviere de manera provisional la situación jurídica del investigado y del sentido de otras decisiones adoptadas en el interregno procesal, esto último al compendiar su tenor en las citaciones<sup>36</sup> libradas con fines notificadorios en tanto se trata de procesado no sujeto a medida restrictiva de la libertad<sup>37</sup>.

32 Corte Suprema de Justicia, radicación No. 51000, agosto 30 de 2017, M.P. LUIS GUILLERO SALAZAR OTERO.

33 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación No. 42003, agosto 15 de 2013, MP. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, según la cual la teleología de esta figura "...está íntimamente vinculada con la protección de la imparcialidad del juez llamado a presidir el juicio, la protección del orden público, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento y la seguridad o integridad personal de los intervinientes".

34 Ley 522 de 1999, artículo 268, "Comisiones. Para la práctica de diligencias la Corte Suprema de Justicia podrá comisionar a cualquier funcionario judicial o a sus magistrados auxiliares.  
El Tribunal Superior Militar y los jueces de primera instancia, podrán comisionar para la práctica de pruebas y diligencias, exclusivamente, a cualquier autoridad judicial del país de igual o inferior categoría.  
Los jueces de instrucción penal militar, podrán comisionar para los mismos fines, a funcionarios de inferior o igual categoría fuera de su sede. El auto mediante el cual se comisiona establecerá con precisión las diligencias que deben practicarse y el término dentro del cual han de realizarse. En caso de indagatoria se anexará el cuestionario correspondiente.  
En ningún caso la comisión implica facultad para resolver la situación jurídica del procesado."

35 Folios 69 a 71 C.C. 1.

36 Cfr. oficios a folios 170 a 172 ibídem y 268 a 270 C.C.2.

37 Ley 522 de 1999, artículo 341, "Formas de notificación. Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al agente del



Insuficiencia que igual se ha de predicar respecto del otro argumento enarbolado por el peticionario, el sustentado en “*poder realizar*” su defensa técnica, pues nada indica que ello no haya sido plausible a la fecha, más cuando esta faz del derecho de defensa ha radicado inalteradamente desde su vinculación procesal en cabeza de su abogado de confianza, PRAM<sup>38</sup>, y que, de resultar absolutamente inviable a referido profesional del Derecho desplazarse por cualquier razón al burgo sede del juzgado instructor –sin que con esto quiera significar que tal situación *per se* conduce a un cambio de radicación–, bien puede el procesado, previo el trámite administrativo correspondiente al que hizo alusión el Juez 54 de Instrucción Penal Militar en su auto del 08 de febrero hogaño<sup>39</sup>, tramitar la designación de un defensor público con asiento en la sede del referido juzgado, amén que también puede optar por solicitar que las pruebas o diligencias a surtir –en la medida que su naturaleza lo permita– se lleven a cabo vía comisión o a través de la utilización de cualquiera de los medios tecnológicos con que en esta era moderna resulta viable practicar aquellas, asertos estos y aquellos que evidencian las razones aducidas por el sumariado como meramente especulativas, infundadas e indemostradas”. (Rad. 158901 del 26 de junio de 2018, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).



## 12. CAUCIÓN PRENDARIA.

Para su imposición como medida de aseguramiento debe verificarse los fines constitucionales. Al fijarse se tendrá en cuenta las condiciones económicas del procesado y la gravedad del hecho.

“Así entonces, la caución prendaria como medida de aseguramiento responde a fines de índole constitucional al igual que la detención preventiva. En efecto, el artículo 468 de la Ley 1407 de 2010, que por integración normativa se acoge, determina “*Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley no exceda de dos (2) años, satisfechos los requisitos sustanciales y de necesidad de la medida, se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas, siempre y cuando sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas*” (Subrayado fuera de texto). Ello significa, que la medida de aseguramiento debe responder a criterios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad conforme lo impone la Constitución y la ley.

Ministerio Público, siempre se harán en forma personal.

Las notificaciones al procesado que no estuviere detenido, a los defensores y al apoderado de la parte civil, se harán personalmente si se presentaren a la secretaría dentro de los dos (2) días siguientes al de la fecha de la providencia; pasado este término sin que se haya hecho la notificación personal, habiéndose realizado las diligencias para ello, las sentencias, las resoluciones acusatorias y los autos de cesación de procedimiento se notificarán por edicto. Los demás autos se notificarán por estado.

38 Folio 69 C.C.1.

39 Folio 282 C.C.2



En esas condiciones, erra el apelante al señalar que la medida de aseguramiento de caución prendaria impuesta al JAAV debe revocarse por cuanto la ley 906 de 2004 no la prevé para este tipo de delitos, dado que el código penal militar la contempla. Norma que en virtud del principio de especialidad es la llamada a regular este preciso aspecto. Sin embargo, como lo advierte la distinguida procuradora delegada ante esta Corporación, la juez instructora omitió realizar el análisis de los elementos previstos en el artículo 527 de la Ley 522 de 1999 para su imposición, artejo que establece que la caución prendaria se fijará teniendo en cuenta las condiciones económicas del procesado y la gravedad del hecho.

La Sala entiende que la fijación del monto de la caución prendaria, conforme lo previsto en el digesto punitivo castrense aplicable en el presente evento, se condiciona tanto a la capacidad económica del sindicado como a la gravedad de la conducta punible imputada, aspectos que no fueron analizados por el *A quo* al momento de imponer la medida de aseguramiento no privativa de la libertad, lo que permite determinar que ésta no obedeció a criterios previamente estudiados y definidos, sino a razones de orden meramente objetivos relacionados con el quantum punitivo.

Por otra parte, como lo indicara el Ministerio Público, la medida resulta desproporcionada e irrazonable, dado que se sustenta en evitar que el investigado pueda obstruir a la justicia y deformar la realidad para obtener beneficios a su favor, en tanto, dicha finalidad se encuentra cumplida con la medida privativa de la libertad impuesta previamente. Medida que cubre completamente la finalidad perseguida". **(Rad. 158795 del 8 de noviembre de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión).**



### 13. CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO.

La causal debe estar plenamente demostrada en grado de certeza.

“Esta figura extraordinaria, que finiquita la potestad que tiene el Estado para investigar el quebrantamiento al ordenamiento penal, lo puede ser, dentro de cualquier etapa del proceso, y ordenado no sólo por el Juez de Instrucción Penal Militar sino por la Fiscalía Penal Militar y el Juez de conocimiento, pues nada justifica que al advertirse argumentos suficientes para declararse la cesación, deban agotarse las etapas previstas en el procedimiento.

Sin embargo, el precepto es claro en indicar que debe estar plenamente demostrada la causal. En el caso en comento, la juez instructora dio termino anticipado a la investigación, aduciendo que si bien la conducta desplegada por el soldado regular AMW es típica, obraba dentro del expediente prueba de que éste actuó amparado por una causal de ausencia de responsabilidad, cual es la del estado de necesidad, toda vez que debió hacer prevalecer la necesidad de proteger su núcleo familiar.



Es evidente de acuerdo a lo plasmado, que la cesación de procedimiento dictada por la Juez Instructora fue prematura, por cuanto no hay certeza de mediar una casual que pueda motivarla, además, como acertadamente lo advierte el representante del Ministerio Público ante esta Instancia y por el mismo apelante, existen dudas que deben ser esclarecidas y que no permiten dar aplicabilidad a lo normado en el artículo 231 del Código Penal Militar”. **(Rad. 158654 del 17 de mayo de 2017, M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Primera Sala de Decisión).**



### 14. COMISIÓN.

Facultades del comisionado.

“La anterior disposición de manera precisa determina que las facultades son únicamente en relación con la diligencia que se delegue, no de otras como parece entenderlo el Ministerio Público, siendo esa misma sistemática en el artículo 39 la que dispone que, “La providencia que confiera una comisión indicará su objeto con precisión y claridad” y en el caso que nos ocupa, la única diligencia que la Juez 35 de Instrucción Penal Militar delega a su homologo, es la práctica de la diligencia de indagatoria, le anexa el cuestionario con 26 preguntas y solo lo faculta para que realice las demás preguntas que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos, además lo faculta para dar la libertad al indagado y extender el acta de conminación, en manera alguna para que realice actos procesales diferentes a la vinculación que puedan derivarse de esa diligencia”. **(Rad. 158586 del 14 de febrero de 2017, M.P. MY (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Cuarta Sala de Decisión).**



### 15. COMPETENCIA.

Concepto. Requisitos para la asignación de competencia.

“Ahora bien, ha de recordar la Sala que la competencia es parte integral de la estructura básica del debido proceso, de las formas propias de cada juicio, y se discierne exclusivamente por virtud de la ley; es por ello que para la asignación de una competencia en particular deben cumplirse con unas condiciones, valga decir: *i)* legalidad, en cuanto debe ser definida por la ley, *ii)* imperatividad, lo que significa que es de obligatoria observancia y no se puede derogar por la voluntad de las partes, *iii)* inmodificabilidad, en tanto no es viable variar o cambiar en el curso del proceso, *iv)* indelegabilidad, no puede ser cedida o delegada por quien la detenta y, *v)* es de orden público, en razón a que se sustenta o fundamenta en principios y criterios que se relacionan con la prevalencia del interés general<sup>40</sup>.

No puede entonces valorarse la competencia como una simple formalidad legal y menos creer que su inobservancia se subsanó con el silencio, la voluntad de los sujetos procesales o la indiferencia de los funcionarios, pues sin ella el valor jurídico de las decisiones se verá afectado por la ilegitimidad representada en el juez



natural. El derecho a ser juzgado conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa es una garantía de rango superior que no accidentalmente se consagra constitucionalmente.

Es por lo anterior que la nulidad por incompetencia esta netamente vinculada a la función que cumple el servidor público en la estructura del proceso, a la naturaleza del hecho, al lugar de la ocurrencia, al status que ocupa el infractor, y a la relación existente entre los hechos investigados.

Las motivaciones anteriormente plasmadas conducen sin lugar a equívocos a señalar que la nulidad originada en la falta de competencia funcional o en la falta de jurisdicción no es saneable, por tanto el efecto de su falta conduce necesariamente a la violación del derecho de defensa, o a atribuir a un juez funciones extrañas a las que la ley procesal le ha señalado, tal y como se avizora en este proceso adelantado contra el entonces ST. JAGN en la justicia ordinaria (principio de trascendencia); como consecuencia de ello, se decretará la nulidad de toda la actuación allí surtida en consonancia con lo preceptuado en el artículo 388.1 del Código Penal Militar de 1999<sup>41</sup> (principio de especificidad, por ser el único remedio procesal aplicable para una situación como esta<sup>42</sup> (principio de naturaleza residual), máxime cuando se trata de dos sistemas procesales distintos, dejando incólumes las pruebas recolectadas de todo tipo, y los autos que con ocasión del incidente procesal surgieron”. **(Rad. 158928 del 25 de mayo de 2018, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).**



## 16. COMPETENCIA.

No se altera por haber sido desactivada la Unidad militar a la que pertenecía el procesado.

“En esencia, para el Juzgado 3° de Brigada, que venía conocimiento de este caso, su incompetencia radica fundamentalmente en dos situaciones, a saber, por un lado, la desarticulación del Batallón de Combate Terrestre N° 3 de la Tercera Brigada, y por otro lado, la expedición de la Resolución N° 000153 del 8 de marzo de 2016, por parte de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, en la que no aparece dicha Unidad Táctica asignada a ningún juzgado de Conocimiento, por lo que, considerando que en la anotada resolución se le asignó al Juzgado de Inspección del Ejército el conocimiento de los procesos cuyo conocimiento no estaba atribuido a otro juzgado, es la razón por la que estima que éste último despacho es el competente para enjuiciar al aquí acusado.

En contraposición, el Juzgado de Instancia de la Inspección General del Ejército afirmó que el hecho de que se haya desactivado el mencionado Batallón – BACOT3-de la Tercera Brigada, no significa que su juez natural haya quedado en el limbo o

41 “Artículo 388. Causales de nulidad. Son causales de nulidad en el proceso penal militar: 1. La falta de competencia del juez o del fiscal. (...)”  
42 Ley 522 de 1999, “Artículo 392. Principios que orientan la declaratoria de las nulidades y la convalidación de actos irregulares. (...) 5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.”



desaparecido, como quiera que mediante la Circular N° 000636 del 14 de septiembre de 2011, que fue corroborada con la Circular 484 de 2013, se fijó la competencia en el Juzgado Tercero de Brigada.

Pues bien, para resolver lo pertinente se considera necesario recordar que el derecho al Debido Proceso consagra, entre otras garantías, la de ser juzgado ante Juez o Tribunal competente; postulado del cual subyace el derecho a un Juez Natural, que es aquel al que previamente la Ley le ha definido su competencia.

No obstante, “La exigencia de que se haya asignado normativamente competencia no es suficiente para definir el concepto de juez natural, pues como lo subrayó esta Corporación en la sentencia C-208 de 1993<sup>43</sup>, el derecho en cuestión exige además que no se altere “la naturaleza de funcionario judicial” y que no se establezcan jueces o tribunales ad-hoc. Ello implica que es consustancial al juez natural que previamente se definan quienes son los jueces competentes, que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada –debidamente- competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, **salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución.**”<sup>44</sup> (negritas nuestras)

De la lectura de la resolución 0023 del 17 de diciembre de 2013, suscrita por el Comandante del Ejército Nacional, se conoce que el Batallón de Combate Terrestre N° 3 “Primero de Numancia”, era orgánico de la Tercera Brigada, y lo fue hasta dicha calenda, cuando se dispuso su desactivación; por tanto, las conductas punibles cometidas por “los Oficiales, Suboficiales y soldados del Cuartel General del Comando de la Brigada, y los comandantes, Oficiales, Suboficiales y soldados de los Batallones de la Brigada en donde ejercen sus funciones.”<sup>45</sup>, antes de la mencionada fecha, eran de competencia, en la etapa del juicio, del Juzgado de Instancia que actuaba ante dicha Brigada, que para el presente caso no es otro que el Juzgado 3 de Brigada.

Como los hechos por los que se investigó y acusó al SLP. CAAL tuvieron ocurrencia el 10 de febrero de 2012, sin lugar a dudas su juez competente, previamente establecido por la norma, era el 3° de Brigada, a la que no le fue arrebatada su competencia como ella en su proveído lo consideró, pues el hecho de que se haya desactivado la mencionada unidad táctica, BACOT-3, de la Tercera Brigada y no se haya reasignado por disposición de la Dirección Ejecutiva la competencia en otro despacho judicial, no quiere decir que la misma le haya sido suspendida o de ella sustraída.

Recuérdese que el derecho al juez natural implica, no solo su preexistencia al acto que se imputa, sino además su inalterabilidad o irrevocabilidad, salvo modificaciones de competencias de tipo institucional, caso que aquí no sucedió.

Destáquese así mismo que por mandato legal, conforme se entiende del artículo 241 de la Ley 522 de 1999, al Juzgado de Inspección del Ejército se le asignó la competencia con relación a las conductas de los oficiales, suboficiales y soldados de la Institución cuyo conocimiento no esté atribuido a otro Juzgado;

43 M.P. Hernando Herrera Vergara

44 Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001, MP. DR. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

45 Artículo 243 de la Ley 522 de 1999



pero como se viene de expresar, con preexistencia, al Juzgado 3° de Brigada se le asignó la competencia para juzgar las conductas de los “los Oficiales, Suboficiales y soldados del Cuartel General del Comando de la Brigada, y los comandantes, **Oficiales, Suboficiales y soldados de los Batallones de la Brigada en donde ejercen sus funciones.**”<sup>46</sup>; de suerte que no se entiende alterada o revocada la competencia del Juzgado 3° de Brigada, por el sólo hecho que se hubiera desactivado el BACOT-3 de la Brigada Tercera y nada se dijera por parte de la Dirección Ejecutiva, frente a la reasignación de competencia de los proceso que de dicha unidad táctica venía conociendo el mencionado despacho.

En suma, es perfectamente entendible que la competencia legal y preexistentemente asignada al Juzgado 3° de Brigada, por virtud de los principios de inalterabilidad e irrevocabilidad, no ha sido modificada; en consecuencia, se determinará que dicho despacho es el competente para continuar conociendo, como lo ha venido haciendo, del proceso penal que se sigue contra el SLP. CAAL por los delitos de cohecho propio en concurso heterogéneo y simultáneo con revelación de secretos”. (**Rad. 157530 del 18 de mayo de 2017, M.P. TC. (RA) NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Segunda Sala de Decisión.**)



## 17. CONCURRENCIA DE REBAJAS PUNITIVAS.

Confesión y aceptación de cargos. Tasación de la pena.

“ Esta Corporación judicial ha venido afirmando que es viable el reconocimiento de las dos rebajas punitivas dentro del procedimiento penal militar especial, cuando en dicho rito concurren las figuras de confesión y de aceptación de culpabilidad dentro de la audiencia de acusación y aceptación de cargos; ello por considerar que no existe norma al interior de la ley especial que restrinja dicho beneficio, pero además porque se compagina con el espíritu del legislador de propender por un procedimiento tendiente a lograr economía procesal y celeridad en pro de lograr la descongestión de los despachos judiciales<sup>47</sup>.

Se trata de dos institutos distintos –en cuanto a su producción y presupuestos-, y por ello cada figura desde su independencia y autonomía contiene sus propias consecuencias procesales, que de no concederlas vulneraría el debido proceso por afectación al principio de legalidad, máxime cuando, se itera, no existe norma que las excluya.

**8.3** Ahora bien, bajo los supuestos establecidos en la sentencia recurrida –concurriencia de aceptación de cargos y confesión-, se equivoca la apelante en su

46 Artículo 243 de la Ley 522 de 1999

47 Tribunal Superior Militar –Segunda Sala de Decisión-, radicado 158082-6980-XIV-27-EJC, sentencia del 16 de octubre de 2014, Magistrado Ponente CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS. Cfr. Radicado 155120 del 07 de julio de 2008 MP. MY. MARICEL PLAZA ARTURO; Radicado 155365 del 26 de noviembre de 2008 MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUAREZ ALDANA; Radicado 156353 del 24 de febrero de 2010 MP. MY. (RA) MARICEL PLAZA ARTURO; Radicado 158022 del 20 de febrero de 2015 y 158056 del 10 de marzo de 2015 MP. TC. NORIS TOLOSA GONZÁLEZ; Radicado 158293 del 08 de septiembre de 2015 MP. CN. JULIAN ORDÚZ PERALTA y Radicado 158438 del 29 de septiembre de 2016 MP. CR. (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, todos Magistrados del Tribunal Superior Militar.



pretensión de sumar las reducciones punitivas por concurrir estos institutos y aplicarlos a la pena resultante del concurso de los delitos de Desobediencia y Abandono del Servicio, tal como acertadamente lo hizo saber el procurador judicial ante esta instancia.

Un correcto entendimiento de las disposiciones en cita y de los fundamentos para la individualización de la pena, conllevan a establecer que primero el juez debe proceder a particularizar la pena en concreto que le corresponde a cada uno de los delitos, atendiendo los factores de medición establecidos por el tipo penal endilgado –mínimos, máximos, circunstancias específicas de agravación o atenuación y demás concurrentes- que lo llevarán a determinar el cuarto de movilidad aplicable, y posteriormente, con carácter progresivo aplicar las reducciones de carácter post-delictual sobre los saldos<sup>48</sup>, pues contrario a lo dicho por la recurrente, desde una perspectiva teleológica de las normas que contienen las circunstancias modificatorias de punibilidad, sin dificultad se advierte que tiene por finalidad, de una parte, establecer la autonomía de los beneficios y, de otra, la compatibilidad de las rebajas correspondientes en caso de confesión y aceptación de responsabilidad.

**8.4** En este orden de ideas, la Sala encuentra que el A quo realizó la dosificación punitiva como correspondía. Partió estableciendo el cuarto de movilidad para el delito de Desobediencia, concretando que la pena sería de **720** días de prisión -24 meses-; a ella le redujo 1/6 parte por confesión -120 días-, otorgándole como resultado **600** días -20 meses-, a los cuales le resto otra 1/6 parte de aceptación de cargos -100 días-, obteniendo en consecuencia como pena para ese punible **500** días de prisión.

Para el delito de Abandono del Servicio realizó la misma operación. Determinado el cuarto de movilidad estableció una pena de **360** días de prisión -12 meses- a la que le resto 1/6 parte por confesión -60 días-, resultando **300** días, a los que le redujo otra 1/6 parte por aceptación de cargos -50 días- concretando la pena en **250** días de prisión.

Aplicando la regla de los concursos<sup>49</sup> partió de la pena más grave de **500** días de prisión –Desobediencia- y consideró aumentarle como “otro tanto” **60** días, obteniendo como resultado final para la pena imponible **560** días de prisión, de manera que el juzgador interpretó y aplicó correctamente la ley sobre rebaja de pena en caso de confesión y sentencia anticipada, razón por la cual la transgresión que la apelante alega carece de fundamento y por ende naufraga su pretensión.

48 Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal- radicado 20642, sentencia del 27 de mayo de 2004, Magistrado Ponente ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

49 Ley 1407 de 2010, artículo 32 “Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años. Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en esta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

Parágrafo. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.”



**8.5** No puede la Sala dejar de recordar que para reconocer la rebaja punitiva por confesión se debe tener en cuenta los siguientes requisitos<sup>50</sup>: *i)* que el procesado no haya sido hallado en flagrancia, *ii)* que en su primera versión ante el juez haya confesado y, *iii)* que la confesión verse sobre todos los elementos de la conducta punible –tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad.

Sin embargo, la Corte en desarrollo de su línea jurisprudencial ha venido decantando que además de la confesión simple existe la confesión calificada, la cual no requiere para su configuración la aceptación de la conducta punible, sino solo exige confesar la autoría o participación en los hechos, tal como se redactó en el artículo 283 de la Ley 600 de 2000, lo cual implica señalar, que se aborda el estadio de la tipicidad, mas no se requiere la aceptación de los otros dos elementos que integran el delito (antijuridicidad y culpabilidad).

En ese sentido se ha permitido aceptar la confesión calificada, siempre que sea útil para la investigación, fundamento de la sentencia, y por supuesto con ello se logre la realización de ese preciado bien de la justicia. (...). (Rad. 158626 del 25 de julio de 2017, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).



## 18. CONCURSO DE CONDUCTAS.

Tasación punitiva.

“la Sala estima mandado, por virtud de dicha facultad, examinar la tasación punitiva que hizo el juez primario, pues aunque no fue objeto de impugnación para el caso en concreto se considera una materia no solo estrechamente ligada a la naturaleza del recurso, sino también al objeto de la pretensión que en todo caso no soslayaría el principio-garantía de la reforma peyorativa.

Hecha esta claridad, y al escutar la pieza censurada en lo que respecta a la fijación de la pena, vemos que el fallador hizo las siguientes consideraciones:

*“Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover, para ello deberá observar las reglas establecidas en el artículo 60 y 61 del código penal militar y de policía (ley 1407 de 2010), donde empezaremos por fijar el ámbito punitivo de movilidad sobre los dos extremos fijados en el primer delito que comporta la pena más grave que es el PECULADO POR APROPIACIÓN de conformidad a los extremos punitivos (el mínimo de 96 meses de prisión y el máximo de 270 meses), donde el ámbito punitivo de movilidad es el quantum o guarismo que resulte de restar el mínimo del máximo de la pena, que en el caso concreto correspondería: de ciento setenta y cuatro (174) meses de prisión, donde cada cuarto punitivo es de 43 meses y medio (43,5), por lo tanto, teniendo en cuenta que en la resolución de acusación no se imputaron circunstancias genéricas de agravación punitiva, ni de*



*atenuación, se partirá del cuarto mínimo de ciento treinta y nueve (139) meses de prisión.”<sup>93</sup> (Negritas fuera del texto)*

Pues bien, con relación a esta primera parte de las estimaciones judiciales la Colegiatura evidencia flagrantes dislates que se han resaltado en el texto, así:

**8.4.1** Erró el Juez al seleccionar la pena vigente sobre la cual debía hacerse el ejercicio de verificación de los cuartos de movilidad, toda vez que la sanción punitiva que tuvo en cuenta fue aquella que contenía los incrementos establecidos en la Ley 890 de 2004, a pesar de que como en tantas ocasiones lo ha dicho la Corporación<sup>94</sup> ello solo es procedente a condición de la vigencia del sistema de tendencia acusatoria, que en nuestro modelo, por falta de implementación, no se tiene.

Por tanto, la pena sobre la cual debió establecerse los extremos punitivos, era la que originalmente estaba contenida en la Ley 599 de 2000, sin el incremento que posteriormente introdujo la Ley 890 de 2004.

**8.4.2** Adicionalmente, también pasó por alto el operador judicial considerar en su generalidad las consecuencias jurídicas previstas en el Código para dicho punible, dado que en el tercer inciso del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, se determinó que: *“Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.”*

**8.4.3** En este orden de ideas, ante la evidencia del desacierto jurídico a todas luces perjudicial para el procesado, la Sala no ve camino diferente que ajustar la sanción penal impuesta a los parámetros normativos por considerarse, como atrás se dijo, un asunto no solo inescindible al objeto del recurso, sino además favorable.

Para el caso bajo examen tenemos que el valor de lo apropiado fue de ciento ochenta y siete mil trescientos ochenta y ocho pesos con ocho centavos (\$187.388,08), tal como se desprende del avalúo que se hizo al material de guerra, por lo que fácil es colegir que dicho precio no supera los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y por tanto la hipótesis dentro de la cual se encuentra este asunto es la prevista en el anotado tercer inciso.

Así las cosas, los cuartos de movilidad dentro de los que debió fijarse la pena son los siguientes: 10 años (120 meses) <máximo de la pena> – 4 años (48 meses) <mínimo de la pena> = 6 años (72 meses), dividido en 4 = 1.5 años (18 meses), de lo que se sigue que el:

- Primer cuarto de movilidad va de: 4 años (48 meses) a 5,5 años (66 meses).
- Segundo cuarto de movilidad va de: 5,5 años (66 meses) a 7 años (84 meses).



- Tercer cuarto de movilidad va de: 7 años (84 meses) a 8,5 años (102 meses) y,
- el último cuarto de movilidad va de: 8 años (102 meses) a 10 años (120 meses).

Por tanto, al haberse reconocido en el fallo que no se imputaron circunstancias de agravación o atenuación punitiva, es lo mandado que el juez debió moverse en el primer cuarto de movilidad antes precisado, que va de 4 a 5,5 años (48 a 66 meses) de prisión.

Ahora bien, como en este asunto es nítido que nos enfrentamos a un concurso heterogéneo y sucesivo de delitos, pues al condenado se le endosó responsabilidad penal no solo por el injusto de Peculado por Apropiación sino también por Falsedad Ideológica en Documento Público en los tres procesos que se le impulsaron, los cuáles se acumularon conforme a las previsiones del artículo 285 y siguientes de la Ley 522 de 1999, se considera entonces que, a pesar de que fue acertada la selección del marco jurídico para delimitar la punibilidad en materia de concurso, como en este asunto nos corresponde, no lo fue la adecuación que de la situación fáctica-procesal hizo con respecto a las normas.

En otras palabras, si no había circunstancias agravantes ni atenuantes imputadas, no podía entonces el fallador primario ubicarse, como lo hizo, en el segundo cuarto de movilidad, porque como se dijo el panorama procesal nos impone fijar la pena dentro del primer cuarto de movilidad.

Repasemos que el artículo 32 de la Ley 1407 de 2010 prevé que, en temas de concurso de conductas, el procesado, para efectos de punibilidad quedará sometido al tipo penal que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

Significa lo dicho, que era imperativo que se determinara, en primer lugar, el delito base, esto es, aquél de mayor gravedad individualmente tasado, que para el caso en concreto corresponde al Peculado por Apropiación en consideración a que la pena prevista es de 4 a 10 años de prisión, por virtud del valor de lo apropiado, pues el injusto contra la fe pública tenía consagrada una pena de 4 a 8 años –artículo 286 del Código Penal-.

Hecha la selección del delito base, individualmente determinado, esto es, considerando los incrementos o disminuciones por agravantes o atenuantes, es lo evidente en este caso, que, no existiendo, como ya se anotó, imputaciones de agravación o atenuación, debió el juez partir del extremo mínimo de la pena, es decir, de 4 años o lo que es lo mismo de 48 meses, y a este guarismo hacerle el incremento de otro tanto previsto para el caso de concurso en el artículo 32 de la Ley 1407 de 2010.



La expresión “*otro tanto*” a que hace referencia la disposición referida, no se debe calcular con base en el extremo punitivo mayor, sino sobre la pena ya individualizada del delito base o delito de mayor gravedad, que para este asunto es el punible contra la administración pública, que, por ausencia de elementos modificadores de la pena es de 4 años; a este monto, se le incrementará otro tanto, estimando las modalidades específicas de la conducta, gravedad y número de delitos concursantes. (...)

Así entonces, tomando como base que al procesado se le enrostró responsabilidad penal por conducta dolosa, sucesiva y contra la fe pública, este juez plural incrementará la pena, por virtud del concurso, en un año de prisión; motivo por el cual la sanción penal se hará consistir en 5 años de prisión o lo que es lo mismo en 60 meses de prisión, y no en ciento cuarenta y cinco meses de prisión (145) como lo había determinado el juez primario. Por lo mismo, la interdicción de derechos y funciones públicas que como pena accesoria le irrogó el fallador en su decisión, se modificará y será por cinco (5) años”. **(Rad. 158639 del 23 de febrero de 2018, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).**



## 19. CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA.

Inviabilidad en delitos típicamente militares.

“Al respecto tenemos que el artículo 63 de la Ley 1407 de 2010 -de contenidos similares a los señalados en el artículo 71 de la Ley 522 de 1999-, establece los requisitos para que un condenado pueda acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, indicando en su numeral 3 que no procederá para delitos que atenten contra la *“disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la Fuerza Pública o de inutilización voluntaria”*, de modo que, siendo el abandono de puesto un delito contra el “Servicio”, no procede el subrogado en mención.

Huelga recordar que el tema ya fue tratado por la Corte Constitucional al analizar el inciso 3 del artículo 71 de la Ley 522 de 1999, concluyendo que el legislador no vulneró el derecho a la igualdad, en tanto lo que buscó fue desestimular la comisión de delitos propios de los miembros de la Fuerza Pública que atentaban contra bienes jurídicos especialmente valorados, por lo cual procedió a declararlo exequible.

Sumado lo anterior, la misma Corporación indicó que no se cuenta en el Código Penal con una conducta que cabalmente corresponda a la establecida en el Código Penal Militar y siendo así, falta el término de comparación que hasta aquí ha servido para apreciar si se vulnera o no el principio de igualdad, lo cual puede llevar a sugerir que no existe parangón posible y que, por ende, la exclusión del subrogado de la condena de ejecución condicional se encuentra plenamente justificada en tra-



tándose de delitos militares como el que hoy concita la atención de este Colegiado”. (Rad. 158852 del 23 de mayo de 2018, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).



## 20. CONFLICTO DE COMPETENCIA ES DIFERENTE AL CONFLICTO DE REPARTO.

Conflicto entre jueces de instrucción penal militar.

“Recuérdese que, el conflicto de competencia es el litigio que se suscita entre jueces de la misma o diferente jurisdicción, que puede ser de carácter negativo o positivo. En síntesis, el negativo se presenta cuando los funcionarios se rehúsan a asumir el conocimiento de cierto asunto, mientras que el positivo tiene lugar cuando, por el contrario, los dos se abrogan el derecho a conocer del tema.(...)”

Bajo ese entendido, la competencia de los funcionarios jurisdiccionales está dada de forma exclusiva por la Constitución y la ley<sup>51</sup>. Para el caso de la Justicia Penal Militar, se encuentra prevista tanto en el artículo 221 de la Constitución Política como en la Ley 522 de 1999<sup>52</sup>, norma adjetiva aplicable al caso *sub judice*<sup>53</sup>.

El artículo 273 del Código Penal Militar de 1999, establece que la colisión de competencias se predica solo respecto de los jueces de conocimiento y los fiscales militares, excluyendo como sujetos del incidente a los jueces de instrucción, al señalar: “Hay colisión de competencia cuando dos (2) o más **jueces de conocimiento o fiscales**, reclaman que a cada uno de ellos corresponde exclusivamente el conocimiento o tramitación de un proceso penal, o cuando se niegan a conocer de él por estimar que no es de la competencia de ninguno de ellos” (lo subrayado fuera de texto).

Ello es así, porque la ley penal militar asignó a los jueces de instrucción plena competencia para investigar las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública. Competencia que solo obedece a límites impuestos por factores como el funcional o subjetivo, pero sin las restricciones que determinan los factores objetivo o territorial, es así como el artículo 264 del citado código, establece: “los Jueces de Instrucción Penal Militar tienen competencia para investigar **todos los delitos de conocimiento de la Justicia Penal Militar cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho**”. De manera, pues, que los funcionarios de instrucción son competentes para investigar las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública que sean de conocimiento de la jurisdicción foral.

51 CN. Artículo 116.

52 Pese a que los hechos objeto de investigación acaecieron en el año 1994, la norma llamada a regular el procedimiento y competencia es la Ley 522 de 1999 y no el Decreto 2550 de 1998, por expresa disposición<sup>3</sup> del artículo 607 del código penal militar de 2010.

53 Teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso sub júdice es la establecida en la Ley 522 de 1999 CSJ - Auto del 17 de junio de 2015, radicado 44046, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.



Así mismo, el numeral 4º del artículo 238 de la Ley 522 de 1999, señala que es competencia del Tribunal Superior Militar, resolver “*los conflictos de competencia que se susciten entre los juzgados penales militares de primera instancia*”; determinando la ley penal militar nuevamente que el incidente del que debe ocuparse el Colegiado solo corresponde al suscitado entre jueces penales militares de primera instancia, en tanto, descarta de plano la existencia de conflictos que por razón de la competencia se susciten entre despachos de instrucción. (...)

De otro lado, el “conflicto por reparto”, al que acude el Juez YY de Instrucción Penal Militar, concierne a un instituto establecido en el artículo 98 de la Ley 600 de 2000, que señala: (...)

Asunto que corresponde a una situación eminentemente administrativa, no judicial, que debe ser resuelta por el funcionario encargado de realizar el reparto, que en el caso de la jurisdicción ordinaria corresponde al juez encargado de efectuar el reparto o al presidente de la sala o corporación a la que se encuentren adscritos los magistrados y, tratándose de fiscales, al jefe de la unidad, al director seccional o al director nacional de fiscalías.

De manera, pues, que el Tribunal Superior Militar no tiene dentro del marco de su competencia legal dirimir los “conflictos por reparto”, que se susciten entre los despachos de primera instancia, particularmente entre juzgados de instrucción, sino la de resolver la colisión de competencia que se presenten entre los juzgados de instancia de la especializada. (...)

En esas condiciones, aunque las Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010 no hubieren establecido una norma similar a la contemplada en la Ley 600 de 2000 para dirimir el conflicto por reparto, nada impide que ante similares presupuestos de hecho se apliquen la misma solución de derecho. Por lo tanto, resulta procedente que de surgir discrepancias en la aplicación del acto administrativo que efectuó la distribución de procesos entre diferentes despachos, en virtud del principio de integración, resulte aplicable el artículo 98 de la Ley 600 de 2000, puesto que el tema administrativo allí reglado para nada obstaculiza el trámite procesal propio al interior de la jurisdicción castrense. (...)

Por lo demás, recuérdese que fue el Juzgado XXX de Instrucción Penal Militar el despacho que inició la investigación penal en contra del SLR. JAACH por el delito de deserción el pasado 11 de septiembre de 2017, en esas condiciones no es factible que, habiendo avocado el conocimiento de la causa, pretenda ahora desprenderse del asunto que se encuentra asignada a su competencia por disposición legal, sin que exista impedimento, recusación, cambio de radicación o cualquier otra circunstancia que le permita legítimamente despojarse del conocimiento del referido proceso. Razón por la cual, se remitirá el expediente a ese juzgado para que continúe instruyendo el sumario al que le dio inicio”. **(Rad. 158849 del 28 de febrero de 2018, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ).**





## 21. CONFLICTO DE JURISDICIONES.

Puede ser propuesto por el Juez de Instrucción Penal Militar. El auto que decide sobre falta de jurisdicción no es susceptible de recurso alguno.

“De otro lado, considera la Sala importante decantar algunos aspectos relativos a la competencia de la Justicia Penal Militar, que fueron tratados en el recurso, aunque no formaron parte de la petición formal de revocatoria.

Consideró el abogado defensor como acto irregular, que la juez instructora haya enviado el proceso al de instancia para conocer de una solicitud elevada por la procuradora relativa a remitir el expediente a la justicia ordinaria, y peor aún, que éste último haya decidido en auto de sustanciación coartando la oportunidad de interponer recursos.

Sobre el particular baste decir que de manera reiterada el Consejo Superior de la Judicatura venía manifestando que de conformidad con el artículo 273 de la Ley 522 de 1999 era el juez de conocimiento o el fiscal de esta jurisdicción los únicos que podían reclamar la competencia en un asunto determinado, sin embargo, con el advenimiento de los nuevos sistemas procesales en materia punitiva, se ha venido abriendo paso la teoría de la abolición de formas que entraban la administración de justicia, concebida para que sea célere, eficiente y eficaz, razones que han motivado variar su posición al punto de permitir a los jueces de instrucción penal militar reclamar que les corresponde exclusivamente el conocimiento o tramitación de un determinado proceso penal, o negarse a conocer de él; ello en tanto ha considerado esa alta Corporación que estos funcionarios tienen jurisdicción otorgada por el Constituyente de 1991 y la propia ley, y en ese sentido administran justicia al tenor de lo consagrado en el artículo 116 Superior. (...)

A partir de allí se ha permitido a todos los funcionarios que hacen parte de la penal militar decidir si plantean o traban conflictos de jurisdicción con la justicia penal ordinaria, lo que a la postre se evidencia que sucedió en este caso de manera específica por el juez de primera instancia de la dirección general de la Policía Nacional, y tácitamente por la juez 191 de instrucción penal militar al continuar conociendo del caso. El primero de los mencionados decidió mediante auto motivado que era la justicia penal militar la competente para continuar adelantando la investigación, auto contra el cual no procede recurso en tanto lo que se debate es la competencia para el ejercicio de la jurisdicción, la cual no puede ser trabada por las partes -como sucedería con los conflictos de competencia al interior de una misma jurisdicción- sino por los administradores de justicia, tal como lo ha venido afirmando la Corte Suprema de Justicia”. (Rad. 158594 del 31 de julio de 2017, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).





## 22. CONOCIMIENTO PRIVADO DEL FUNCIONARIO.

No puede servir de fundamento para la toma de decisiones.

“Lo primero que habrá de recordar esta Sala es que el conocimiento privado de los funcionarios judiciales no puede servir de fundamento exclusivo para tomar decisiones por atentar contra las garantías en materia probatoria, concretamente el derecho a la publicidad, que busca erradicar las pruebas ocultas y el conocimiento privado del juez; el de controvertir aquellas que se presenten en su contra; el de regularidad de la prueba, consistente en la observancia de las formas de obtención e incorporación de la prueba en el proceso; y el derecho a que evalúen por el juzgador únicamente las pruebas incorporadas al proceso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica<sup>54</sup>.

En ese sentido, no se entiende cómo el juzgador primario tomó decisiones trascendentales para la investigación al finiquitarla ordenando cesar procedimiento, sin allegar al plenario copias de las principales piezas procesales de la otra actuación que dicen se surtió por los mismos hechos y contra idénticas personas. No bastaba el conocimiento privado del señor fiscal ni de la juez de instancia para dar por cierto tal situación, y a partir de allí realizar valoraciones que dieran lugar a la terminación anticipada del proceso sin prueba alguna que conllevara a la certeza requerida para ello”.(Rad. 157827 del 08 de septiembre de 2017, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).



## 23. DAÑO EN BIEN AJENO.

No contempla como ingrediente normativo que el bien sea de propiedad privada o de un particular.

“Frente al particular, encuentra la Sala que la descripción contenida en el artículo 170 de la Ley 1407 de 2010, no establece que el objeto material de la conducta punible deba corresponder a un bien de propiedad privada o particular exclusivamente. El delito de daño en bien ajeno corresponde a un tipo penal conocido dentro de la doctrina como militarizado, en tanto, se encuentra tipificado en similares términos tanto en la ley penal castrense como en el código penal ordinario, particularmente en el artículo 265, cuyo bien jurídico protegido corresponde al Patrimonio Económico, sin que establezca como ingrediente normativo en ninguna de las codificaciones que el bien mueble o inmueble deba ser de propiedad particular, simplemente precisa que debe corresponder a un bien cuya propiedad se radica en persona distinta al sujeto activo de la conducta, al punto que el numeral 4º del artículo 266 de la Ley 599 de 2000, establece como agravante que el daño se registre sobre bienes de uso público o que conformen el patrimonio cultural de la nación, situación que por el contrario determina que la conducta puede recaer sobre bienes de propiedad estatal”. (Rad. 158624 del 26 de octubre de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión).



## 24. DECISIONES JUDICIALES.

Principio de motivación en el proceso de individualización y tasación de la pena.

“Respecto del primer aspecto, habrá de recordarse, adujo el mencionado funcionario que la mayor gravedad se reflejaba en el servicio como función de vital importancia dentro del estamento castrense y como deber constitucional de todo ciudadano; en punto a la intensidad del dolo, segundo aspecto que tuvo en cuenta para incrementar la pena imponible, la derivó de la decisión del procesado de no regresar a cumplir con sus deberes luego de haber disfrutado un permiso que se le otorgó como consecuencia de *“maniobras furtivas”*; y, finalmente, atinente al daño potencial ocasionado, sostuvo que con la ausencia del enjuiciado el pie de fuerza de la unidad se vio menguado y ello incrementó el servicio para los demás soldados que debieron asumir *“los deberes de seguridad y vigilancia”* que le correspondían a aquel.

Ante unas consideraciones de tal matiz, no mayor esfuerzo racional demanda el arribar a la conclusión de que el ejercicio retórico ínsito a ello, comporta indefectiblemente la vulneración del principio de motivación de las decisiones judiciales, ello en su faz de adecuada y suficiente motivación del proceso de dosificación punitiva, elemento toral para predicar la legitimidad de la imposición de una determinada pena se itera, pues si bien es cierto que se pretendió llenar de contenido dialéctico los antes citados criterios, la actividad desplegada por el *ludex A quo* al efecto no inmiscuyó conceptos ajenos a la ponderación que de los mismos le incumbía -como quiera la gravedad de la conducta la hizo depender exclusivamente de la naturaleza del bien jurídico objeto de salvaguarda legal sin explicar por qué ello, y no la modalidad de aquella, conllevaba un mayor reproche en términos retributivos; la intensidad del dolo la derivó de la acción típica de no regresar a reasumir el servicio sin detallar por qué ello aparejaba fatalmente un mayor dolo y del insustentado aserto de que el permiso del cual no regresare en tiempo el procesado lo obtuvo por vía de maniobras furtivas<sup>55</sup>; y el daño lo adosó al indemostrado argumento de que la función de seguridad y vigilancia que incumbía al procesado la asumieron otros soldados-.

Y como si ello fuera poco, pretermitió además la argumentación del porqué el incremento punitivo que llevó a cabo permitía la efectiva materialización de las finalidades punitivas, esto es, la prevención (general y especial), la retribución justa, la reinserción social y la protección del condenado.

Así las cosas, la concurrencia de los yerros descritos en precedencia, que se traducen en la defectuosa motivación del proceso de individualización de la sanción en punto del pluricitado incremento punitivo, implican la vulneración del debido proceso sancionatorio en tanto no se justificó en debida forma porqué la medida de intervención estatal frente al ámbito de libertad del acriminado debía ser más fuer-



te e intensa que en eventos similares, lo que conlleva a que esta Corporación corrija oficiosamente el yerro en el que incurrió el mencionado juez de primera instancia al efectuar la tasación de la pena imponible y, consecuencia de ello, redosifique la sanción con respeto de los parámetros constitucionales y legales correspondientes, en procura de garantizar la efectividad del derecho material y de preservar las prerrogativas fundamentales en cabeza del sentenciado.

Redosificación que consistirá, teniendo en cuenta que la sanción efectivamente ha de fijarse en el primer cuarto de movilidad y que el Juez de Instancia de Escuelas de Formación de la Fuerza Aérea Colombiana (E) aumentó inmotivadamente la pena en su mínimo, en la supresión del susodicho incremento punitivo. Por consiguiente, el SLR. ® MABF será condenado a la pena de ocho (08) meses de prisión, determinación que implica la modificación del numeral segundo de la parte resolutoria de la sentencia de primer grado que fuere objeto de reproche como se consignará en la *resolutio* del presente proveído judicial". (Rad. 158819 del 25 de abril de 2018, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).



## 25. DEFINICIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA.

Naturaleza y alcance.

“Por otra parte, se ha puntualizado en reiteradas ocasiones que el auto a través del cual se impone una medida de aseguramiento de detención preventiva no es de libre confección del operador judicial llamado a decidir sobre la misma, pues expresos y explícitos son los requisitos que al tenor de lo normado en la codificación penal militar de 1999 debe reunir tal acto, unos, de índole sustancial y otros de naturaleza formal.

Sobre la naturaleza de tal acto, su contenido conceptual, los antes citados requisitos y la motivación y argumentación en que se ha de soportar la decisión que en últimas adopte el dispensador de justicia, esta Corporación ha sido más que pródiga al respecto, resultando oportuno evocar las consideraciones decantadas en pretérita decisión, mismas que por su plena aplicabilidad al evento sub judice serán transpuestas in extenso. (...)

Las precedentes precisiones conceptuales son más que suficientes para entender por qué el acto procesal por medio del cual se define en materia penal la situación jurídica del procesado, como igual acontece con toda decisión interlocutoria y con las sentencias, se erige en el escenario por excelencia de la argumentación (motivación) judicial, entendida esta como el adecuado ejercicio dialéctico argumentativo de índole jurídico que lleva a cabo el operador de justicia, partiendo del análisis sopesado y racional del acervo de probatorio propio de la causa penal en curso, en aras de detallar de manera elucubrada, discernida y asertiva las razones por las cuales su criterio se inclina a la resolución del asunto sometido a su conocimiento en un determinado sentido. Ello es lo que genera la fuerza vinculante de las decisiones judiciales y permite, además, el control social de las mismas, control que sólo se explica a partir de que



la decisión sea razonada, comprensible e inteligible, en la medida que ello permite entender el porqué de la determinación en un concreto sentido.

Ahora bien, analizado el acto de jurisdicción que por la vía de la doble instancia llega a conocimiento de este Tribunal, esto es, el auto interlocutorio adiado 10 de septiembre de 2017 por el cual el señor Juez 159 de Instrucción Penal Militar resuelve la situación jurídica provisional del PT. SDSO, sindicado de la comisión del reato de Hurto por Medios Informáticos y Semejantes, meridianamente resulta que, no empuja militar en el arsenal probatorio prueba que llevaría en principio a dar por verificada la conducta propia del tipo base de hurto del artículo 239 de la Ley 599 de 2000 al que reenvía el artículo 269I ejusdem, al igual que la inferencia razonable exigida por el artículo 522 de la Ley 522 de 1999, el ejercicio argumentativo confeccionado por el operador judicial en comentario dista diametralmente del deber que le era propio consistente en llevar a cabo una suficiente y adecuada motivación en torno al compromiso penal del encartado en la comisión del injusto culpable imputado y respecto del merecimiento y la necesidad de la medida restrictiva de la libertad que en últimas le fuere impuesta". **(Rad. 158777 del 09 de noviembre de 2017, M.P. CN. (R) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



### 26. DEL CENTINELA.

Inobservancia de consignas.

“Es tan relevante la misión que cumplen los centinelas en las Unidades Militares, que la inobservancia de cualquier consigna general o especial -por insignificante que parezca-, puede llevar a resultados operacionales negativos y por ende la posibilidad de bajas en las filas de la Institución Militar, lo que necesariamente conlleva a que se exija un mayor compromiso de los hombres que integran las Fuerzas Militares y a los cuales se les encomienda este tipo de misiones de control y seguridad, así lo ha venido precisando esta Corporación en diferentes pronunciamientos:

*«Es innegable que el centinela cumple una vital función en la actividad militar y policial, ya que se convierte en los ojos y oídos de la Unidad, su responsabilidad se proyecta, a la integridad de individuos y bienes, vigilancia y seguridad de instalaciones, del personal y elementos que allí se encuentran; es la primera línea de defensa, por lo que no asalta el juicio afirmar que su presencia se torna importante de cara a la realidad Colombiana donde se viven condiciones de inseguridad y riesgo potencial, razón por la cual el Legislador ha erigido el injusto Del Centinela en delito de peligro, de mera conducta, es un tipo penal pluricomportamental, que requiere un ámbito de protección ex ante».* **(Rad. 158752 del 06 de octubre de 2017, M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Primera Sala de Decisión).**





## 27. DEL CENTINELA.

Sustancias psicotrópicas. El verbo rector exige su consumo para la configuración del delito.

“Por los hechos ocurridos el 01 de septiembre de 2013 sobre las 17:30 horas en la Base Militar Arrayanes, la funcionaria A Quo emitió sentencia condenatoria por el punible del centinela en contra del SLC. JPLC. Previo a abordar las consideraciones frente a las propuestas defensivas que atacan la mencionada decisión, han de precisarse los elementos constitutivos del punible del centinela.

Según las voces de la ley penal militar, el delito del centinela se tipifica cuando este se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, o falte a las consignas especiales que haya recibido, o se separe de su puesto, o se deje relevar por quien no este legítimamente autorizado (Ley 1407 de 2010 Art.122).

De manera que las características de este tipo penal se traducen por su contenido en un tipo de mera conducta al solo describir el comportamiento y no el resultado, y desde el punto de vista del bien jurídico se protege la alteración potencial al mismo, es decir, se trata de un tipo penal de peligro y desde su estructura, se trata de un tipo penal compuesto al describir varias modalidades de comportamientos o de acción y en esta precisa característica es la que en el caso sub júdice, ha de puntualizarse.

Lo anterior bajo el entendido que la defensa plantea su hipótesis para atacar la condena en contra de su cliente por este punible, aduciendo que su defendido *“no violó la ley porque en el momento en que prestaba guardia lo hacía normalmente pues como quedo (sic) claro a lo largo de esta intervención la marihuana la tenía en los testículo (sic)”*, dando a entender que no la estaba consumiendo.

Y es que si apreciamos los argumentos esgrimidos por la Juez de Instancia para imponer condena en contra de SLC. JPLC por el injusto penal del centinela, centra aquéllos en el hecho que por parte de SLC. JPLC se encontraba manipulando sustancias, que aunque no estaba ingiriendo, no le permitían *“cumplir con las exigencias de su centinelato.”* (FI.734), consideraciones acogidas por la señora Representante del Ministerio Público ante este despacho, en su concepto al considerar que *“suficiente es la abundante prueba testimonial y las propias manifestaciones del SLC. JPLC, para demostrar que no se encontraba cumpliendo labores propias de centinela, máxime cuando esta actividad le obligaba a separarse del puesto, entendida la separación no como el acto de locomoción o desplazamiento de un sitio, sino a la falta de atención o el hecho de estar distraído en ejercicio de otras actividades lícitas o ilícitas”*. (FI.782).

Para conocer las exigencias que consideró incumplidas la Juez de Instancia, acudimos a la orden del día No.044 del comando del tercer pelotón de la Compañía ASPC para los días 01 y 02 de septiembre de 2013, en búsqueda de las consignas que para la prestación del servicio de centinelato le fueron impartidas a SLC. JPLC,



no encontrando consignas a cumplir, solo dos órdenes de carácter permanente como son la prohibición de *“retirarse de los límites fijados para la Base Militar...”*, y que *“El armamento solo podrá tener probeedor (sic) al momento de dirigirse al puesto del Centinela...”* (Fl.18), notándose que el uniformado para el momento de ser requerido no se encontraba incumpliendo ninguna de tales órdenes, y menos consignas generales o especiales, además que en su disertación, por parte de la funcionaria de instancia, no se enmarcó de manera inequívoca el actuar de SLC. JPLC en alguno de las conductas alternativas que contiene la norma adjetiva en punto al delito del centinela, y que se dejaron anotadas precedentemente.

Conforme a lo anterior, no se encuentra por la Sala, de cara al punible del centinela por el que se condenó al SLC. JPLC, que se hubiera configurado el mismo, habiéndose dado por la funcionaria A-quo un alcance diferente al contenido de la norma, configurándose con ello una violación al principio de legalidad, pues encasilla el accionar de SLC. JPLC en un tipo penal que no consagra como punible el actuar de éste para la tarde del 1º de septiembre de 2013, debiéndose consecuentemente revocar la condena impuesta por el punible del centinela.

En otras palabras, el presupuesto fáctico de aquella tarde del 1º de septiembre de 2013, consiste en que el SLC. JPLC, mientras fungía como centinela de Núcleo 4, al mismo tiempo *“estaba rayando papel – estaba echando el papel en una gorra”* o en palabras del A-quo *“estaba manipulando (...) sustancias sicotrópicas”*. Sin embargo, le asiste razón a la defensa en que esta hipótesis fáctica no se adecua a ninguna de las conductas alternativas que describe el tipo penal del centinela.

Recuérdese que el modelo descriptivo de la conducta de un tipo penal gira en torno al verbo rector, pero en el caso específico del punible del centinela (Ley 1407 de 2010, art 112), se describen conductas alternativas donde al verbo rector se le adhieren circunstancias de tiempo, modo o lugar en que la conducta ha de desarrollarse, y específicamente en cuanto al tema de sustancias sicotrópicas, la conducta del punible del centinela se describe que *“se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes”*, modelo descriptivo que no se adecúa al presupuesto fáctico objetivo.

Si el presupuesto fáctico es el porte de sustancias sicotrópicas, el A-quo debe adecuar la imputación jurídica a un tipo penal distinto al del centinela, desde el punto de vista objetivo, pues se reitera, el punible del centinela, frente a las sustancias sicotrópicas exige su consumo, no su porte.

Corolario de lo anterior, por ausencia de subsunción del presupuesto fáctico referido en el modelo descriptivo contenido en la conducta del punible del centinela, es la razón para pregonar la atipicidad de la conducta, y en consecuencia habrá de revocarse la condena impuesta al SLC. JPLC, como autor del punible del centinela, por los hechos ocurridos la tarde del 1º de septiembre de 2013.

Sin embargo, ha de aclararse que si estas actividades desvían la atención del centinela en cuanto a su rol de escucha y vigilancia, como garantía de la seguridad



de los bienes o personas del cual ha de proteger, podría realizarse la imputación del punible de centinela, pero bajo el modelo descriptivo de la conducta “*falte a las consignas especiales*”, hipótesis que ni la investigación ni en el A-quo en su sentencia, desarrollaron ni probaron. Argumento este adicional para revocar la condena impuesta por el punible del centinela”. (Rad. 158593 del 31 de mayo de 2017, M.P. CR (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Tercera Sala de Decisión).



## 28. DESERCIÓN.

Condición de desplazado por la violencia.

“Emergió del expediente que el SLR. CABG hace parte del grupo familiar de la señora MACM, quien de acuerdo con la constancia obrante a folios 43 y 44 del cuaderno original No. 1 se encuentra incluida en el Registro Único de Víctimas al ser objeto de desplazamiento forzado desde el 21 de mayo de 2001<sup>56</sup>, por hechos ocurridos el 28 de febrero de esa anualidad. (...)

Así entonces, el Estado en busca de la protección a la población civil y con el fin de garantizar un mayor compromiso promulgó la Ley 387 de 1997 –unidad de víctimas- y la Ley 1448 de 2011 –ley de víctimas-, medidas legales tendientes a lograr la atención, asistencia y reparación de los agraviados, siendo la última de ellas la encargada de regular el servicio militar obligatorio para esta población afectada.

En el expediente figura la suficiente prueba indicando que el procesado y su familia fueron afectados por el desplazamiento forzado en el año 2001, como figura en la certificación del Registro Único de Víctimas, cuando éste apenas superaba los cinco (5) años de edad, siendo nuevamente desplazados en el año 2010, como lo sostuvo la señora MAC.

Y se trae a colación las fechas indicadas, puesto que la Ley 1448 de 2011 prevé que las personas que estuviesen obligadas a la prestación del servicio militar obligatorio tendrían cinco (5) años, contados a partir de la promulgación de la ley o de la ocurrencia del hecho victimizante, para resolver su situación militar,(...).

De modo que bajo tales preceptos, es claro para la Sala que CABG al momento de su incorporación a las filas militares –haciendo parte del 9º contingente de 2014<sup>57</sup>- se hacía merecedor de la protección especial del Estado, dada su condición de desplazado forzado por la violencia interna que vive nuestro país, condición que no hizo valer en su oportunidad, para ser exento de la prestación del servicio militar obligatorio. Contrario a ello, decidió enfilarse en el Ejército Nacional omitiendo manifestar su situación, en tanto su querer era cumplir el sueño de ser soldado de las Fuerzas Militares<sup>58</sup>, lo cual logró realizar hasta el 03 de febrero de 2016 cuando

56 Ver folio 43-44 del C.O. 1.

57 Según se reportó en el oficio 0507 del 12 de febrero de 2016 visto a folio 1 del C.O. 1

58 Cuando le preguntan: “Explique brevemente las razones por las cuales desea vincularse a la institución”, respondió “Me gusta desde pequeño y cumplir el sueño”, documento que igualmente firmó con su respectiva huella- Folio 29, C.O. 1-.



decidió no regresar a la unidad militar, para luego, como estrategia defensiva, exigir el reconocimiento de una tal categoría. (...)

Así las cosas, los documentos administrativos que se allegaron al expediente relacionados con la calidad militar del SLR. CABC como integrante del noveno contingente de 2014, entre ellos la constancia expedida por el SV. JDHZ, Suboficial de personal de dicha unidad castrense<sup>59</sup>, resultan ser suficientes para demostrar la condición de miembro de la Fuerza Pública del encausado para la fecha de los acontecimientos indagados, tal como lo dijo la Corte Suprema de Justicia al aseverar que *“(...) es suficiente prueba para demostrar la calidad de incorporado o de militar del procesado, porque en su contenido quedan concretados y supuestos todos los pasos que la ley dispone para llegar a tal condición, entre los que se incluye la práctica de un examen médico legal”*<sup>60</sup>, todo lo cual permite acreditar la debida incorporación a la prestación del servicio militar del joven CABC, pues dichos legajos produjeron los efectos jurídicos respectivos, bajo la presunción anunciada.

Valga aclarar, que lo expuesto anteriormente no implica que se ponga en duda la veracidad sobre la existencia del hecho victimizante que sufrió BEDOYA y su familia, pues esto fue respaldado con material de prueba como la certificación que suscribió el Director de Registro y Gestión de la Información de la Unidad de Víctimas; lo que se quiere significar, es que esa condición de víctima no fue puesta de manifiesto por el justiciado al momento de su incorporación al servicio militar, por ende no era de conocimiento de las autoridades de reclutamiento, de modo que en esas condiciones los actos que surgieron gozan de respaldo legal.

En este caso el SLR. CABC asumió tanto formal como materialmente, a través del acto de incorporación a la Fuerza Pública, cada uno de los derechos y obligaciones que la investidura militar le otorgó y exigió, y en este sentido no puede exonerarse de sus responsabilidades mientras ejerció una condición que voluntariamente aceptó<sup>61</sup>. **(Rad. 158944 del 16 de octubre de 2018, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).**



## 29. DESERCIÓN.

Condición de indígena. Fuero indígena.

“Emergió del expediente que el SLC. PCUC hace parte de la etnia Nasa, perteneciente al Cabildo Indígena Resguardo Canoas<sup>62</sup>, tal y como se corrobora con los antecedentes allegados al paginario, característica esencial que se ha de tener en cuenta al momento de ejercer el *ius puniendi* del Estado.

59 Ver a folio 3 del C.O.1

60 Radicado 17080 del 24 de enero de 2001, MP. DR. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGGO, Sala de Casación Penal.

61 Proceso 9921 decisión del 14 de marzo de 2002, MP. DR. CARLOS AUGUSTO GALVIS ARGOTE, Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia.

62 Ver folio 165 a174 del C.O 1 en donde se aprecian los antecedentes remitidos por el cabildo en comento.



También es un hecho cierto que el SLC. PCUC omitió informar a la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional su condición de indígena al momento de incorporarse, como también, que dejó de lado el trámite administrativo que debió haber efectuado cuando decidió no continuar prestando el servicio militar, como se advierte del interrogatorio realizado en audiencia de corte marcial (...)

Pese al indebido y cuestionable comportamiento del enjuiciado, no podemos olvidar que en desarrollo de la protección que el Estado brinda a estas comunidades, la jurisprudencia constitucional ha venido reconociendo como un derecho fundamental de los pueblos indígenas el de su integridad étnica y cultural<sup>63</sup> que comprende: **i)** el derecho a la supervivencia cultural, **ii)** a la preservación de su hábitat natural<sup>64</sup>, **iii)** a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad<sup>65</sup>, **iv)** a determinar sus propias instituciones jurídicas<sup>66</sup>, **v)** a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos<sup>67</sup>, **vi)** a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros<sup>68</sup>, **vii)** a participar en la toma de decisiones que puedan afectarlos<sup>69</sup> y, **viii)** a acudir a la justicia como comunidad<sup>70</sup>.

Adicional a ello, estas garantías deben ser analizadas a la luz del Convenio 169 de la OIT “*Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*”, aprobado por el Congreso de Colombia mediante la Ley 21 de 1991 y que hace parte del bloque de constitucionalidad, documento a través del cual el Estado Colombiano asumió la obligación de garantizar el respeto de la autonomía y el autogobierno de las comunidades indígenas, así como la prohibición de intervenir en asuntos propios de la esfera de gobierno de la comunidad.

La Constitución de 1991 realizó una serie de mandatos encaminados a la protección de la diversidad cultural de los pueblos indígenas, lo cual permite que hoy sean sujetos de derechos. (...)

Se concluye de esta premisa que el elemento principal en el que se inspira la protección especial, es la cosmovisión cultural autónoma por parte de las comunidades, considerada como un derecho fundamental a través del reconocimiento y protección de la identidad cultural de los pueblos indígenas, derecho éste que se

63 Ver entre otras sentencias T-428 de 1992; T-528 de 1992; C-169 de 2001; C-620 de 2003; SU-383 de 2003; C-401 de 2005.

64 Ver entre otras sentencias T-405 de 1993; SU-039 de 1997; C-169 de 2001; T-1117 de 2002; C-620 de 2003; SU-383 de 2003; C-401 de 2005.

65 Sobre el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas se puede consultar entre otras las sentencias T-188 de 1993; T-652 de 1998; Sentencia C-180 de 2005.

66 Ver por ejemplo la sentencia T-1127 de 2001.

67 Ver entre otras sentencias T-254 de 1994; T-349 de 1996; T-523 de 1997; T-1121 de 2001; T-782 de 2002; T-811 de 2004; T-1238 de 2005.

68 Se pueden consultar entre otras las sentencias T-257 de 1993; T-324 de 1994; SU-510 de 1998.

69 Ver entre otras sentencias SU-039 de 1997; C-418 de 2001; C-891 de 2002; C-620 de 2003 y SU-383 de 2003.

70 Sentencias T-380 de 1993; C-058 de 1994; T-349 de 1996; T-496 de 1996; SU-039 de 1997; SU-510 de 1998; T-652 de 1998, cfr. Sentencia T-778 de 2005.



materializa cuando se permite que los grupos que no ostentan los valores culturales y sociales de la colectividad mayoritaria puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo<sup>71</sup>. Bajo esta perspectiva, la protección de la identidad cultural adquiere un doble sentido: *i)* como derecho fundamental y, *ii)* como principio rector que debe ser tenido en cuenta para definir el alcance de los demás derechos fundamentales de la población indígena, bajo el entendido que los sujetos protegidos tienen una cosmovisión distinta a la de la mayoría. (...)

Contexto claramente definido del cual emerge que los pueblos indígenas son merecedores de un trato diferenciado, precisamente por la existencia de una identidad cultural que responde a una cosmovisión diferente a la de la mayoría de la sociedad, de manera tal, que las medidas que adopte el ordenamiento jurídico y la interpretación que se les dé por parte del operador de justicia no pueden desconocer que la esencia de la protección es precisamente que dicha identidad exista.

Luego, baste lo anterior para colegir que la acreditación de la condición de indígena del SLC. PCUC y su familia fue traslucida y pregonada por el Gobernador de su Cabildo —mediante la certificación expedida por el dirigente del Resguardo JDC-72, quien no sólo corroboró su pertenencia a esa comunidad, sino la aceptación de aquél por parte de ésta confluendo de allí su identidad<sup>73</sup>, lo que permite aseverar que este joven conserva la cosmovisión propia de su colectividad, y por tanto se hace merecedor de la protección especial del Estado a su identidad cultural.

A pesar que la certificación en sí misma no acredita argumentadamente la identidad cultural del procesado, sí prueba la pertenencia a un grupo específico y esto a su vez permite presumir que el individuo conserva su identidad, haciéndolo, en principio, beneficiario del trato diferenciado, posición que fue avalada por la guardiana del orden constitucional (...)

En síntesis, el elemento que justifica la protección de la identidad cultural de las comunidades indígenas es justamente que esta exista, por tanto, en virtud del principio de la maximización de la autonomía de aquellas, es posible establecer una presunción de esa identidad mediante certificaciones expedidas por los propios gobiernos en donde se acredite la pertenencia de la persona a la comunidad, y es allí entonces cuando corresponde demostrar lo contrario a quien desconozca la veracidad de dicha presunción<sup>74</sup>. (...)

71 *Ibidem*.

72 Ver folio 173 del C.O. 1

73 Sentencia T-703 de 2008.

74 En este sentido puede consultarse por ejemplo la sentencia T-728 de 2002 en donde se negó la protección del fuero indígena dado que se demostró que el acusado en un proceso penal había perdido su identidad cultural. En la providencia se dijo: “Finalmente, en la sentencia condenatoria proferida el 3 de septiembre de 2001 por el Juzgado Penal del Circuito de La Plata, se dijo que “la prueba es concreta en señalarla como persona que, si bien es indígena y aún reside en un resguardo, su racionalidad y cosmovisión es indicativa que su vida se desarrolla en un porcentaje en nuestro medio, lo cual incluso la ha llevado a no hablar ya la lengua nativa, aunque dice entenderla”. (fl. 46) Por lo tanto, considera la Sala que no es dable reconocerle a Omaira Pancho Sancha el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser capaz de entender los valores de la conducta recriminada, no resulta inconveniente juzgarla de acuerdo con el sistema jurídico nacional.” (Subraya fuera de texto). En el mismo sentido la sentencia T-496 de 1996 reconoció esta situación al afirmar: “Ahora bien, del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo.”



Como se advirtió al inicio de esta providencia, el *A quo* edificó la sentencia absolutoria invocando la condición de indígena del SLC. PCUC, para concluir que al no ser obligatorio el servicio militar para este, podía dejar de prestarlo en cualquier momento.

La debilidad del argumento radica en que no precisó si a esa conclusión arribo por considerar que se le debía aplicar el fuero indígena, o si la condición del encausado aparejaba una causal de ausencia de responsabilidad o la inimputabilidad de éste.

Resulta claro para la Sala que la pertenencia del procesado a una comunidad indígena fue probada a través de la certificación expedida el 16 de marzo de 2017 por el Resguardo Canoas<sup>75</sup>, la que a su vez encuentra respaldo con la constancia expedida por el Alcalde Municipal de Santander de Quilichao –Cauca-<sup>76</sup>, dando a conocer que uno de los firmantes –JDCG- era el Gobernador del Cabildo indígena Canoas para el periodo comprendido entre el 01 de enero al 31 de diciembre de 2017, por el acta de posesión 002<sup>77</sup>, y la constancia expedida por el Ministerio del Interior<sup>78</sup>; pertenencia que a su vez configura la presunción de que el enjuiciado conserva la cosmovisión propia de su comunidad y por lo tanto es merecedor de la protección especial del estado a su identidad cultural, conforme ya se había advertido *ut supra*.

La protección de las comunidades indígenas en relación con la aplicación del Derecho penal no se circunscribe al fuero penal indígena<sup>79</sup>—no aplicable en el presente caso ante la ausencia de sus elementos-, sino que implica también el reconocimiento de una serie de garantías que son aplicables al interior de los procesos penales ordinarios cuando el investigado sea un indígena.

Y se afirma que no opera el fuero indígena en este caso, si consideramos que conforme la sentencia T-002 de 2012 el primer elemento para su configuración es el personal, el cual indica que el delito debe estar consagrado tanto en el sistema ordinario como en el indígena. En ese sentido debemos señalar, que las conductas enrostradas a PCUC –Deserción y Abandono del Puesto- están contempladas únicamente en el ordenamiento jurídico especializado por tratarse de delitos meramente militares, condición que exige de sus integrantes obediencia debida, siendo por ello que los miembros de la Fuerza Pública al momento de incurrir en uno de estos tienen la garantía de ser investigados y juzgados por sus pares, es decir por quienes tienen el conocimiento profundo sobre derechos y obligaciones que conlleva la vida militar -fuero penal militar. No se verifica que el bien jurídico protegido -el Servicio- este contemplado en la jurisdicción indígena como se indicó *ut supra*, sino

75 Folio 144, textualmente indica: “Que: PABLO CESAR ULCUE CAMPO Identificado con Cedula de Ciudadanía No. 1.112.480.110 expedida en Santander de Quilichao cauca, es indígena que conserva la integridad cultural, social, y económica, reside en la vereda LA VETICA, territorio indígena de esta parcialidad. Por lo tanto, está EXENTO DE PRESTAR EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO y solo pagará los costos de papelería al ejército para el trámite de la libreta militar; tampoco puede ser sancionado como infractor o remiso por lo mismo que está exento del servicio Militar Obligatorio. (...)”

76 Folio 165

77 Folio 166 a 170

78 Folio 172

79 Véase su evolución jurisprudencial en las Sentencias T-496 de 1996, T-934 de 1999, T-728 de 2002, T-552 de 2003, T-1238 de 2004, T-009 de 2007, T-1026 de 2008, T-617 de 2010, C-882 de 2011 y T-001 de 2012 entre otras, de la Honorable Corte Constitucional.



en la sociedad mayoritaria dentro de la cual el procesado desempeñaba su misión constitucional respecto de la prestación del servicio, circunstancia adicional que impide la estructuración del fuero indígena.

Consecuente con lo anterior, ha de señalarse que la condición étnica del SLC. PCUC si bien merece un tratamiento especial al momento de investigar y juzgar las conductas por las cuáles se acusó, no concede el derecho al fuero especial indígena y en consecuencia la jurisdicción llamada a ejercer el ius puniendi es la jurisdicción penal militar, tal y como se ha hecho hasta este momento. (...)

Entiende esta Corporación que para los indígenas la prestación del servicio militar no es un asunto obligatorio y por ello no tienen la obligación legal de permanecer en la institución militar, por tanto, “en todo tiempo”, cuando libre, voluntaria y autónomamente lo decidan, pueden retirarse; sin embargo, para que sea desacuartelado es necesario que se presenten dos elementos, a saber: *i)* la manifestación del deseo de retirarse y, *ii)* la acreditación de la condición de indígena<sup>80</sup>, pues no de otra forma es factible atemperar los derechos de aquellos con las obligaciones tan caras y supremas de los miembros de la Fuerza Pública, en donde cada hombre es pieza fundamental y la ausencia de uno de ellos o la falla en el servicio puede conllevar a la pérdida de la vida de sus integrantes.

Es claro que el encausado no hizo una manifestación expresa y formal de no querer seguir prestando el servicio militar, como tampoco cumplió con el segundo de los requisitos mencionados, pues ello tan solo tuvo ocurrencia dentro de la etapa de juicio. Este fue enfático indicando que no solicitó en debida forma el retiro “por dejado”<sup>81</sup>, expresión de la que se deduce no solo que conocía el trámite a seguir sino su intención de no hacerlo, y con ello que su condición no era la de un inimputable”. (Rad. 158691 del 03 de abril de 2018, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).



### 30. DESERCIÓN.

Incorporación. Propósito del tercer examen de aptitud psicofísica.

“Sobre el proceso de incorporación del AP (R) HTGA y la existencia de una inhabilidad para la prestación del servicio militar, se dirá lo siguiente:

La postulación de la defensa frente al primer problema jurídico únicamente se sustrae en afirmar que a su prohijado no se le practicó el tercer examen de aptitud psicofísica para conocer si existía alguna inhabilidad o excepción para la prestación del servicio militar en la Policía Nacional y en este sentido el argumento central que tendrá en cuenta la Sala para desestimar dicha pretensión sobre la presencia de una irregularidad legal en el proceso de incorporación del auxiliar HTGA es de orden normativo y probatorio.

<sup>80</sup> Corte Constitucional, sentencia T-465 de 2012.

<sup>81</sup> Folio 153, CO.1



Si bien de acuerdo con lo previsto en el artículo 18 de la Ley 48 de 1993, entre los 45 y 90 días posteriores a la incorporación de un contingente, se debe practicar un tercer examen de aptitud sicofísica para verificar que los soldados no presenten inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar, también lo es que la interpretación de este requerimiento legal no puede hacerse en forma aislada como lo pretende la apelante.

Precisamente los principios básicos que informan los ordenamientos jurídicos son de unidad, plenitud y coherencia<sup>82</sup>, por tanto de la lectura de la norma en su conjunto se entiende que este tercer examen que echa de menos la togada, hace parte de uno de los varios procesos previstos en el Capítulo II *ibídem*, que bajo el título de "Definición situación militar", debe agotar la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas con el fin de ayudar a cumplir la obligación constitucional que tiene todo varón colombiano en "*definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad (...) <sup>83</sup>*", y para el momento de la evasión del auxiliar HTGA aún no se había vencido el termino establecido en dicha normatividad, ya que de acuerdo con los medios documentales aportados al expediente, este joven fue dado de alta con Resolución 088 del 14 de febrero de 2015 y abandonó su servicio militar el 2 de marzo de 2015, es decir cuando habían transcurrido apenas 16 días de incorporación y no entre los 45 y 90 determinados en la Ley.

Luego goza de acierto de legalidad el proceso de incorporación del auxiliar de policía HTGA porque se desprende de la actuación que se agotaron todos los procedimientos que describe la Ley como lo fue el trámite de inscripción (con el diligenciamiento de sus respectivos formularios<sup>84</sup>); los exámenes de aptitud sicofísica practicados por sanidad de la Policía Nacional y su posterior incorporación, verificable mediante resolución No 088 del 2015<sup>85</sup>.

Ahora, bien podía ocurrir que el enjuiciado posterior a ser dado de alta a la Unidad Policial, presentara un problema de salud que limitara su aptitud psicofísica e impidiera su adaptación a la vida militar, sin embargo, este aspecto no fue demostrado a lo largo del plenario, ni dilucidado por la defensa en la presentación del recurso, pues llanamente se limitó en cuestionar que no se hubiera realizado el tercer examen, sin aclarar cuál era el impedimento físico que tenía HTGA para seguir cumpliendo con su servicio militar, así como tampoco se allegó prueba sumaria para acreditar su inhabilidad, ante tales circunstancias difícil resulta a la Judicatura proveer certeza frente a situaciones personales del acusado que se manejan en grado de suposición.

Ha sido la Corte Suprema de Justicia la encargada de definir los parámetros de interpretación que sobre estas especiales circunstancias debe dar el funcionario

82 "(...) las normas se definen a partir de su pertenencia al ordenamiento jurídico, no el ordenamiento en función de las distintas normas singulares que lo componen. Ello conduce a postular que todo ordenamiento jurídico posee una norma o regla fundamental que lo identifica, y que orienta y dirige la interpretación y aplicación de las normas singulares que lo integran". PÉREZ LUÑO, A.E., *Dogmática de los Derechos Fundamentales y Transformaciones del Sistema Constitucional*, Universidad de Sevilla, España, 2007.

83 Art. 10 Ley 48 de 1993.

84 Obra a folios 20, 21 formatos de inscripción de aspirantes.

85 Obra a folios 11-19



judicial cuando se enfrenta ante la disyuntiva de una posible causal de exoneración del servicio militar:

*“7.5. Dada la concurrencia de una exención, es necesario que, previamente a la incorporación del conscripto, el interesado presente prueba sumaria de la causal que alega, de no poderse acreditar la inhabilidad o la causal de exención será aplazado por un año, al término del cual se efectuará su clasificación e incorporación.*

*7.6. Una vez producida la incorporación del conscripto al servicio, previo el cumplimiento de los anteriores requisitos, a través de dicho acto se entiende para todos los efectos legales discernida la calidad de militar, que produce todos los efectos que le son inherentes, tanto desde el punto de vista de los derechos, prerrogativas y estímulos que esta condición otorga, como también, en cuanto al sometimiento a la estructura, organización y disciplina castrenses, quedando subordinado por el régimen y jurisdicción especiales que le son propios y que se han establecido para el cumplimiento de la garantía constitucional de defensa de la independencia nacional y las instituciones públicas”<sup>86</sup>.*

Bajo el anterior criterio jurisprudencial y normativo, no puede la Sala concluir, algo diverso sino que el problema jurídico debe resolverse en desfavor del enjuiciado, como quiera que de acuerdo con la interpretación normativa y las evidencias probatorias analizadas, no se encontraba inmerso dentro de una causal de exención de la Ley 48 de 1993, al momento de ser enlistado en las filas de la Policía Nacional o que posterior a ello se demostrara la existencia de una inhabilidad incompatible con su vida militar”. **(Rad. 158570 del 30 de enero de 2017, M.P. CR (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Primera Sala de Decisión).**



### **31. DESERCIÓN.**

Presunción de legalidad de los actos administrativos de incorporación al servicio militar.

“El acto administrativo es la manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos<sup>87</sup>, que se presume legal hasta tanto no sea declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa<sup>88</sup>.

Por su parte, corresponde a la Fuerza Pública por mandato constitucional instruir y preparar a los colombianos que deban “tomar las armas cuando la necesi-

86 CSJ. MP. Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE, radicado 9921 del 14 marzo de 2002.

87 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativa. Sentencia de julio 14 de 1993, exp. AC-853.

88 Los artículos 12 de la Ley 153 de 1887, 4 de la Constitución Política y 88 de la Ley 1437 de 2011, establecen que los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.



*dad pública lo exija*<sup>89</sup>. Para el cumplimiento de dicha finalidad, se delegó en las autoridades de reclutamiento realizar el proceso de selección e incorporación de los ciudadanos que deban resolver su situación militar, actividad que en su momento se encontraba reglada por la Ley 48 de 1993<sup>90</sup>, que establecía las siguientes etapas o fases: *“(i) la inscripción, que debe hacerse en el lapso del año anterior al cumplimiento de la mayoría de edad; (ii) la realización del primer examen de aptitud sicofísica para todos los inscritos, o de un segundo (opcional) a petición de las autoridades de reclutamiento o del propio inscrito; (iii) el sorteo, que se efectúa entre todos los “conscriptos” aptos, salvo que el número de ellos no sea suficiente; (iv) la concentración e incorporación, que tienen lugar tras haber sido citados los conscriptos aptos elegidos, “con fines de selección e ingreso, lo que constituye su incorporación a filas para la prestación del servicio militar”; (v) la clasificación por falta de cupo, haber presentado una causal de exención o de inhabilidad, lo que significa eximir a la persona de prestar el servicio militar bajo banderas*<sup>91</sup>.

Procedimiento que cumplido satisfactoriamente, involucra al comandante de la respectiva fuerza o unidad para que profiera el acto administrativo de incorporación al servicio militar del conscripto, a través de una resolución, orden administrativa de personal, orden del día o cualquier otro acto positivo que establezca el ingreso al servicio militar obligatorio del ciudadano, manifestación de la administración que le otorga al incorporado no solo todos los derechos y deberes frente a la Fuerza Pública, sino que además, lo hace sujeto de acción disciplinaria conforme los Reglamentos de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares y/o la Policía Nacional y, por su puesto, sujeto de aplicación de la ley penal militar en los eventos de comisión de delitos que guarden relación con el servicio.

Bajo ese contexto, no corresponde a la jurisdicción penal militar dilucidar la legalidad de ese acto administrativo<sup>92</sup>, en tanto, la competencia para declarar su validez o nulidad radica en la jurisdicción contenciosa administrativa<sup>93</sup>, por cuanto éstos tienen la capacidad de crear o modificar una situación jurídica subjetiva en beneficio o a cargo de una persona, o permiten aplicar a ésta una situación jurídica objetiva<sup>94</sup>. (...)

En esas condiciones, desconocer el acto administrativo de incorporación calificándolo de *“ilegítimo”*, como lo hiciera la juez *A quo*, constituye un desbordamiento de la esfera propia de competencia atribuida al juez de conocimiento penal militar, en tanto, extiende su función a aspectos que son objeto de jurisdicción distinta, escenario propicio dentro del cual debe debatirse la legalidad o ilegalidad del acto administrativo que determinará su declaratoria de nulidad, decisión solo a partir de

89 Artículo 216 de la Constitución Política.

90 Derogada por la Ley 1861 agosto 4 de 2017.

91 Artículos 14-18 Ley 48 de 1993. Tutela T-711 de 2010.

92 “...siendo el de incorporación un acto administrativo complejo, el acometimiento de su estudio y su legalidad misma podría escapar al ámbito de competencia de la justicia penal, en la medida en que se trata sin lugar a dudas de una manifestación de la voluntad de la administración susceptible por tanto de ser impugnada a través de las acciones previstas en la ley, para de este modo desvirtuar la presunción de legalidad que le son propios.” (CSJ, radicado 9921 marzo 14 de 2002. MP. Carlos Augusto Gálvez Argote).

93 TSM, radicado No. 156545 noviembre 02 de 2010, MP. TC. Camilo Andrés Suarez Aldana; radicado No. 158900 abril 24 de 2018, MP. TC. Wilson Figueroa Gómez

94 Derecho Administrativo Colombiano. Eustorgio Sarria. Pág. 69.



la cual se separa de la presunción de legalidad y deja de producir efectos jurídicos”. (Rad. 158947 del 16 agosto de 2018, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión).



## 32. DESERCIÓN.

Término prescriptivo de la acción penal.

“La Sala estima prudente precisar que el término prescriptivo de la acción penal en el delito de deserción puede darse en dos momentos. El primero, tiene lugar desde que la conducta se entiende consumada<sup>95</sup> hasta el momento en que cobra ejecutoria la resolución de acusación, período que de superar los dos años determinará la extinción de la acción penal. El segundo evento, registra como hito el momento desde el cual cobra ejecutoria la resolución de acusación hasta el día en que queda en firme la sentencia condenatoria, período que de superar el año determinará la prescripción de la acción penal. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, en el último pronunciamiento que sobre el tema expidió, al señalar:

“No obsta lo anterior para analizar la prescripción de la acción en este asunto, durante el juicio, sobre todo porque, sentado el supuesto de que la Ley 1407 de 2010 no le es aplicable en tanto el sistema penal acusatorio no se implementó, salvo que se trate de normas favorables a la situación del sindicado y por lo mismo síguese inaplicable la previsión de su artículo 352 esto es que “proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años”, ha transcurrido desde la ejecutoria de la acusación, 4 de abril de 2014, un lapso no inferior a un año, esto es la mitad de aquél legalmente previsto como de prescripción del punible de deserción.

Lo anterior porque si en términos de la Ley 522 de 1999 el lapso de prescripción para la acción penal derivada del delito de deserción es de dos años, que se interrumpe en el sumario con la ejecutoria de la acusación y en el juicio con la de la sentencia, significa que en esta etapa la de segunda instancia no tiene la virtud de suspender la prescripción por ser inaplicable el citado precepto 352 dado precisamente el criterio hermenéutico acá adoptado, sino sólo su ejecutoria.

En este asunto, como ya quedó visto, el período previsto en fase de instrucción de dos años no se concretó, de ahí lo infundado del reparo propuesto, toda vez que los hechos acaecieron en marzo de 2013 y la acusación quedó en firme el 4 de abril de 2014.



8. Pero sí en fase de juzgamiento, porque él se reduce a la mitad del previsto para la etapa sumarial, es decir que, siendo en este evento de dos años en la instrucción, en la causa corresponde a uno, tal como lo ha sostenido la sala en auto penal del 11 de abril de 2012 radicado N° 19002, el cual efectivamente ya transcurrió desde la ejecutoria de la resolución acusatoria sin que, de otro lado, la sentencia haya cobrado firmeza.

Es que si bien en términos generales la acción penal prescribe por el transcurso de un tiempo igual al máximo de pena privativa de libertad señalado en la respectiva disposición, sin que en el sumario sea inferior a cinco años y en el juicio por un lapso igual a la mitad de aquél sin que tampoco sea inferior a un lustro, es innegable que la propia ley, en este caso la 522 de 1999, ha establecido una excepción al señalarle al delito de deserción un término especial de dos años durante la etapa de investigación.

Luego, por razón del artículo 86 de la citada ley, en el juicio el período prescriptivo se reduce a un año por manera que en esas condiciones tal fenómeno se concretó en tanto, se reitera, la acusación cobró ejecutoria el 4 de abril de 2014 y a la fecha no ha ocurrido lo mismo con la sentencia<sup>96</sup>. **(Rad. 158757 del 24 de noviembre de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión).**



### 33. DESERCIÓN.

Término prescriptivo de la acción Penal. Inaplicabilidad del incremento por la calidad de servidor público.

“Determinada la norma adjetiva y sustantiva aplicable al caso bajo estudio, la Sala pasará a examinar el régimen que regula la prescripción del delito de deserción, debiendo advertir inicialmente que, la prescripción de la acción penal es un fenómeno que se presenta cuando por negligencia del Estado o por otras razones diversas, transcurrido un tiempo determinado, el aparato judicial debe cesar toda actividad investigativa contra quien está sindicado de la comisión de una conducta reprochada punitivamente.

Es un Instituto que implícitamente apunta al acatamiento y respeto del mandato constitucional de una pronta y cumplida justicia, con la consecuencia para el Estado de no poder continuar ejerciendo su ministerio punitivo, por el abandono en que lo ha mantenido durante un tiempo que la ley considera suficiente para enervar su ejercicio, o, por su incapacidad para lograr el objeto de la acción punitiva que la constitución y la ley le ha otorgado, dentro del término fijado en la norma.



La prescripción de la acción penal conforme a los lineamientos de la Ley 522 de 1999, artículo 83<sup>97</sup>, opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso, inferior a cinco (5) años, ni superior a veinte (20), términos que deberán contarse desde el día de la consumación de la conducta en los hechos punibles instantáneos y/o, desde la consumación del último acto, en los permanentes<sup>98</sup>, interrumpiéndose el término en la etapa de instrucción con la ejecutoria de la resolución de acusación, el cual empezará a correr de nuevo para la etapa de juzgamiento, por un tiempo igual al señalado en el artículo 86<sup>99</sup> *Ibídem*.

El término prescriptivo antes indicado opera de manera general, pero la misma ley consagra como excepción al régimen general la prescripción del delito de desertión, conforme a lo establecido en el inciso segundo del artículo 83 del Código Penal Militar, que preceptúa, *“Para el delito de desertión, la acción penal prescribirá en dos (2) años”*, esto es, se encuentra expresamente reglado en su integridad, como lo ha sostenido de manera reiterada la Corte Suprema de Justicia (...)

En suma, el término de prescripción para delito de desertión se halla regulado en su integridad y se constituye en una excepción a la regla general, como ocurre con otros delitos del Código Penal Ordinario, en esa medida el término de prescripción para este reato es de dos (2) años, el cual se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación y a partir de este momento empieza a correr la mitad de ese lapso, esto es un (1) año, como lo determina el Código Penal Militar, interpretación acogida por la Corte Suprema de Justicia de manera pacífica, como se evidencia en reciente pronunciamiento(...)

Con la claridad que nos arrojan las consideraciones precedentes, salta de bulto que no era procedente realizar el aumento contenido en el artículo 14 de la ley 1474 de 2011, por tratarse de una excepción al término general previsto en la ley, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de manera pacífica, resultando inane cualquier discusión sobre la condición de servidor público”. **(Rad. 158719 del 22 de noviembre de 2017, M.P. MY. (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Cuarta Sala de Decisión).**



97 Ley 522 de 1999: **“ARTÍCULO 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.** La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes. En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años. Para el delito de desertión, la acción penal prescribirá en dos (2) años.  
PARÁGRAFO. Cuando se trate de delitos comunes la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos.”

98 Ley 522 de 1999: **ARTÍCULO 85. INICIACIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN.** La prescripción de la acción empezará a contarse, para los hechos punibles instantáneos, desde el día de la consumación, y desde la perpetración del último acto, en los tentados o permanentes.

99 Ley 522 de 1999: **“ARTÍCULO 86. INTERRUPTIÓN DEL TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN PENAL.** La prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación.  
En el procedimiento especial con la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio.  
Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de este código.”



### 34. DESERCIÓN.

Verbo rector. Traspasar los límites del campamento sin autorización. Antijuridicidad material.

“En orden a resolver el problema jurídico planteado, inicialmente se debe precisar el concepto de lo que se debe entender por una base de patrulla móvil y sus características, para lo cual se deberá recurrir a la doctrina militar contenida en las normas que regulan estas materias, entre otras, “EL REGLAMENTO DE OPERACIONES EN COMBATE IRREGULAR- REGLAMENTO 3-10”, en concordancia con el “MANUAL ORGANIZACIÓN DEL ESTADO MAYOR Y OPERACIONES – EJC 3-50”, “MANUAL DE DERECHO OPERACIONAL FF.MM 341” y “REGLAMENTO DE OPERACIONES Y MANIOBRAS DE COMBATE IRREGULAR – EJC-310-1” que modificó y adicionó el EJC-310.

En ese contexto, inicialmente se debe precisar que las bases móviles de patrullaje son aquellas que se instalan cuando *“durante el desplazamiento o en cumplimiento de misiones de patrullaje, las unidades se ven precisadas a hacer altos, durante períodos que se extienden por no más de veinticuatro horas.”*, para continuar posteriormente la acción, y, tiene entre otros propósitos, *“Realizar actividades de carácter táctico – administrativo después de efectuar movimientos prolongados a fin de tomar descansos, preparar alimentos limpiar las armas, mantener el equipo y pernoctar.”*

Bajo ese esquema, para el cumplimiento de la misión encomendada y *“cuando por circunstancias relacionadas con el enemigo, tiempo o terreno, se requiera que una patrulla se detenga por un corto periodo...”*<sup>100</sup>, la patrulla móvil debe fijar una base temporal, que como lo establece el Reglamento, *“En sí, la base móvil no es más que una porción de terreno, que ofrece ventajas y es ocupada transitoriamente.”*<sup>101</sup>, también denominadas *“Áreas de reunión (temporales)”*<sup>102</sup>, cuya principal característica es la temporalidad (máximo 24 horas), contrario a lo dispuesto en relación con las bases fijas de patrullaje.

En esa medida, por campamento debe entenderse el espacio físico delimitado, seleccionado por el comandante de la compañía, pelotón, escuadra o patrulla, comprometida en el cumplimiento de la misión militar, para acampar de manera temporal, con el propósito de realizar actividades de carácter táctico – administrativo, tomar descansos, preparar alimentos, hacerle mantenimiento al material de guerra, logístico y demás equipos, descansar y/o pernoctar, de donde deviene que para la fijación de ese espacio físico, se deben tener en cuenta unas condiciones especiales teniendo como fundamento el eje de avance, el lugar donde acampa, la misión que cumpla y demás factores internos y externos determinantes para la seguridad de la tropa.

En suma, es la temporalidad del campamento la que caracteriza la base móvil, en tanto que no puede detenerse en ese lugar más de veinticuatro horas y tiene

100 Reglamento de operaciones de combate irregular EJC-310, capítulo III, numeral 3.1.9.1

101 Reglamento de operaciones de combate irregular EJC-310. Base Patrulla móvil

102 Reglamento de operaciones de combate irregular EJC-310, capítulo III, numeral 3.1.9.1



una finalidad específica, proveer a la tropa de alimentos calientes, descansar, pernoctar, realizar actividades de orden logístico y administrativo, por ello, el límite a ese campamento no puede ser fijado por el Estado Mayor, ni en la orden de operaciones, en tanto que debe materializarse de acuerdo a las condiciones topográficas, climáticas y de seguridad del lugar donde se va a acampar, siendo entonces el comandante de esa tropa, quien debe precisar y fijar los límites del campamento, sin importar el grado o nivel que ocupe en la cadena de mando, como quiera que los mismos deben determinarse a partir del dispositivo de seguridad que deba adoptar.

Examinado el material probatorio allegado al expediente, lo primero que se evidencia es que los soldados aquí investigados para la data de los hechos se encontraban en la vereda San Pedro del municipio de Santander de Quilichao, en desarrollo de la orden de operaciones No. 131 *"JUYT"* expedida por el Comando del Batallón Pichincha<sup>103</sup>, cuya misión era desarrollar *"operaciones de control territorial (proteger), con el propósito de proteger en forma permanente la población civil, sus bienes y los recursos del Estado, en el sector de las veredas La Palma, El Carmen, Vilachi, Domingullo, El Aguila, Las Vueltas, Aguas Blancas, Tres Quebradas, Munchique, Las Pavitas, Guayabal, San Pedro, así mismo las veredas Santa Lucía, El Regadero, Alegría, Mis Esfuerzos, El Tajo y demás veredas aledañas área rural del municipio de Santander de Quilichao"<sup>104</sup>.*

Para el desarrollo de la misión táctica, la orden de operaciones prevé las maniobras que debe desarrollar, la forma como se deben ejecutar los desplazamientos, prohibiendo los movimientos diurnos, la utilización de caminos trochas, el pernoctar en casas, escuelas, etc., y expresamente prevé que *"La unidad no debe pernoctar por más de 24 horas en el mismo sector, (desubicación)"*<sup>105</sup>.

Claramente desde la orden de operaciones se determina de manera precisa que se trata de una patrulla móvil, dadas sus características, de un lado la amplitud de la jurisdicción territorial, dado el sinnúmero de veredas asignadas para el desarrollo de la misión táctica y de otro, la temporalidad de las bases o campamentos (máximo 24 horas).

Consonante con lo dispuesto en la orden de operaciones, al unísono tanto los indagados, como los soldados que rinden testimonio afirman que se trataba de una patrulla móvil, llevaban un mes patrullando, realizaban desplazamientos en las horas nocturnas y descansaban durante el día, circunstancias que el oficial al mando TE. CIMR, también acredita en declaración rendida dos días después de la ocurrencia del hecho, *"Nosotros entramos al área de operaciones el 23 de mayo, hoy cumplimos un mes"*<sup>106</sup> y en relación a los desplazamientos de la patrulla afirma, *"la misma es móvil porque todos los días se realizan movimiento"*<sup>107</sup>.

103 Folios 156 – 167, 186 – 197 cc 1

104 Folio 158 vlto co 1

105 Folio 164 co 1

106 Folio 84 cc 1

107 Folio 85 cc 1



En esa medida, cuando los procesados y los testigos refieren que llevaban un mes de patrullaje, no lo circunscriben a la permanencia en la base o campamento donde pernoctaron la noche del 21 de junio de 2015, como pareciera entenderlo el apelante, sino al tiempo que llevaban en el área ejecutando la operación militar, vale decir, en la jurisdicción territorial asignada en la orden de operaciones, tiempo durante el cual diariamente realizaban movimientos nocturnos y descansaban durante el día en el lugar que el Oficial escogiera para acampar en ese momento.

Son los mismos procesados en indagatoria y los demás soldados que rindieron testimonio dentro proceso, quienes refieren que todos los días se movilizaban de un lugar a otro, siendo ese hecho el motivo, causa o razón por el cual los soldados JCMO, YAMG, JDMP, WDIQ y FHM, el día 21 de junio de 2015, refutaron o rechazaron la orden impartida por el Teniente de realizar el movimiento táctico dispuesto para esa noche.

Los movimientos diarios que realizaba la patrulla, no eran fruto de un capricho del Oficial Comandante del Pelotón, tampoco el deseo de incomodar, aburrir o “*montársela*” a los soldados, como pareciera lo entienden los procesados, esos desplazamientos obedecían a las tácticas previstas en el Manual EJC-310-1, como “*FUNDAMENTOS DEL COMBATE IRREGULAR*”<sup>108</sup>, entre ellos, alcanzar un alto grado de movilidad, lograr flexibilidad, disminuir la vulnerabilidad e imprimir fluidez en las operaciones, (...), situación prevista en la orden de operaciones.

Así las cosas, como quiera que se trataba de una patrulla móvil, caracterizada por un alto grado de movilidad, en tanto que necesariamente debía realizar desplazamientos diarios, al final de cada movimiento debía fijar una base o campamento para descanso, como lo prevé el citado reglamento, de acuerdo a la autonomía que tiene el comandante de la patrulla militar, adoptando las medidas de seguridad y fijando los límites del mismo<sup>109</sup>, a través de la disposición de los núcleos de seguridad necesarios, siendo entonces estos hitos los que demarcan el ámbito territorial dentro del cual deben permanecer los integrantes de la tropa.

Bajo ese entendido, conforme al examen de los medios de prueba, arriba realizado, sin mayor esfuerzo puede inferirse de manera razonada que para el día 21 de junio de 2015, en horas de la madrugada, más o menos a las 03:00, después de realizar el desplazamiento se detuvieron, instalaron la base de patrulla móvil, fijaron los núcleos de seguridad los cuales determinaban o constituían los hitos de los límites del campamento y descansan todo el día.

Al finalizar el día, el Oficial Comandante de la Patrulla “*siendo aproximadamente las 18:45 horas*”<sup>110</sup>, forma a sus soldados imparte instrucción y las ordenes relativas al movimiento táctico que realizarían esa noche, luego se dirige a revisar la seguridad del campamento y en ese momento cuando los soldados JCMO, YAMG, JDMP, WDIQ

108 Reglamento EJC-310-1 capítulo I numeral 1.6.5, literal p

109 Reglamento EJC-310-1 capítulo I numeral 1.7.2.3-3, literal b: “El dispositivo adoptado por las unidades (seguridad de bases de patrulla móvil) debe garantizar la seguridad de toda la unidad”.

110 Folio 83 cc 1



y FHM, aquí enjuiciados, toman sus equipos, cargan el armamento y sin ninguna autorización del comandante salen del área del vivac traspasando los núcleos de seguridad, vale decir, los límites del campamento.

Al punto de ha de precisarse, que si bien es cierto los citados soldados fueron posteriormente absorbidos por la patrulla, como consecuencia de las actividades de búsqueda que emprende el Teniente después de haberse enterado de la evasión, esa aprehensión se produce a más de un kilómetro y medio del lugar donde se había fijado la base móvil, vale decir, lejos de los límites del campamento, razones suficientes para concluir que está demostrada en grado de certeza la materialidad de la conducta, como aspecto objetivo del delito de deserción, previsto en el artículo 109.3 de la ley 1407 de 2010. (...)

Sin mayor esfuerzo se infiere en grado de certeza de los medios de prueba allegados al proceso que, para el momento en que se produce la evasión de la base móvil, el campamento no había sido desactivado, la delimitación y los servicios de seguridad permanecían en la forma dispuesta por el Comandante de la patrulla militar, como acertadamente lo afirma el Ministerio Público Ad-quem, por lo cual, los argumentos de los apelantes no están llamados a prosperar. (...)

Frente a este argumento, la Sala debe precisar que a pesar que el apelante no ataca ninguna de las razones expuestas por el A-quo, estima necesario recordar que el bien jurídico que se pretende proteger con este reato, es el servicio, así, el legislador busca garantizar en la Fuerza Pública los presupuestos de eficacia, permanencia y potencial de la fuerza militar o policial que lleve a estas instituciones armadas a cumplir con los objetivos y las misiones determinadas en la Constitución y la Ley.

La antijuridicidad debe ser entendida como aquel juicio negativo de valor, objetivo y subjetivo realizado al comportamiento humano concretado, con el cual se determina si la conducta típica pugna o no con el ordenamiento jurídico, en su conjunto, sin que para ello baste con la verificación de la carencia o presencia de una causal de ausencia de responsabilidad – aspecto meramente formal -, sino que es indispensable establecer si la conducta en concreto representó una amenaza o riesgo real o causó un daño efectivo al bien jurídico tutelado – aspecto material - pues el derecho penal, por imperativo del principio de inter-vención mínima, no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquellas que son consecuencia de acciones especialmente intolerables.

Bajo tal entendido, debe precisarse que la deserción es un tipo penal de mera conducta, se trata de un comportamiento cuya ejecución apenas amenaza o pone en peligro el bien jurídico que se ha querido proteger, en esa medida, no se puede examinar el servicio como bien jurídico de manera aislada, sino que debe valorarse dentro del contexto general de las misiones encomendadas constitucionalmente a las Fuerzas Militares y de Policía, pues los intereses colectivos que protege la Fuerza Pública son de tal importancia, que el legislador no espera que sean destruidos para sancionar al infractor, sino que los protege incluso de conductas que tengan el poder para afectarlos, menguarlos o colocarlos en peligro, por lo tanto, ha considerado



que la sustracción del deber de presencia de quienes están incorporados al servicio militar, disminuye la capacidad de acción de la fuerza y en consecuencia, tal comportamiento es idóneo para amenazar el bien jurídico, sin que se requiera que efectivamente lo haya lesionado.

Bajo la lupa de tales presupuestos, conforme a lo demostrado en el proceso, es evidente que la conducta adoptada por los militares soldados campesinos JCMO, YAMG, JDMP, WDIQ y FHM, al haber abandonado la base de la patrulla móvil, no solo colocaron en inminente peligro la operación militar que estaban realizando, sino que además, colocaron en inminente peligro la seguridad de la tropa”. (Rad. 158286 del 31 de enero de 2017, M.P. MY (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Cuarta Sala de Decisión).



### 35. DESOBEDIENCIA.

Requisitos de la orden.

“En este mismo punto el recurso cuestionó la legalidad de la orden de traslado impartida al procesado, lo cual guarda relación con los requisitos del artículo 28 de la Ley 1015 de 2006<sup>111</sup> y del artículo 29 de la misma normatividad<sup>112</sup>. Pues bien, en el caso concreto tenemos que la orden impartida al procesado consistía en cumplir con la disposición de traslado a la Estación de Policía a folio 10 y el oficio remitario No. 034456 de la misma fecha visible a folio 11 del plenario.

De igual forma, había relación de subordinación entre el procesado y el Comando del Departamento de Policía de Antioquia, factor que vinculaba su ejecución respecto del procesado, y además estaba relacionada con el servicio y con las funciones propias de la Policía Nacional, que para este caso era la destinación del personal a las unidades del referenciado departamento, por ello la orden claramente deviene legítima.

Continuando con los demás requisitos de la orden se aprecia que es oportuna, ya que antes o al instante de efectuarse el respectivo traslado, hubo un estudio previo de la situación del procesado como lo hemos dicho en líneas anteriores, así como una propuesta de tres posibles unidades de traslado (Santafé, Rionegro y Fredonia) tal y como en la propuesta de traslados visible a folio No. 67 de la actuación.

Es clara y sin ninguna duda para su cumplimiento; lógica, pues evidentemente se podía consumir; precisa, pues establece en qué consiste la misma y sobre qué o quiénes recae; concisa, fue expresada exactamente, y bajo las formalidades previstas para ello. Siéndole, entonces, impartida al procesado de manera verbal el día

111 **Artículo 28. Notación.** Orden es la manifestación externa del superior con autoridad que se debe obedecer, observar y ejecutar. La orden debe ser legítima, lógica, oportuna, clara, precisa y relacionada con el servicio o función.

112 **Artículo 29.** Orden ilegítima. La orden es ilegítima cuando excede los límites de la competencia o conduce manifiestamente a la violación de la Constitución Política, la ley, las normas institucionales o las órdenes legítimas superiores.

**Parágrafo.** Si la orden es ilegítima, el subalterno no está obligado a obedecerla; en caso de hacerlo la responsabilidad recaerá sobre el superior que emite la orden y el subalterno que la cumple o ejecuta.



8 de septiembre de 2015 y por escrito el 13 de septiembre del mismo año, por lo que queda demostrado que la orden emitida al procesado tenía como finalidad el cumplimiento de una actividad del servicio que tenía que atender.

Así mismo queda demostrada la publicidad de la referenciada orden emitida tanto con la prueba testimonial de los funcionarios del Área de Talento Humano del Departamento de Policía de Antioquia como de las anotaciones realizadas en los respectivos libros de esa dependencia donde se consignó que se informó al procesado su traslado y éste se negó a cumplirlo. En ese orden de ideas, la orden se ajustó a los postulados legales que la regulan, y por ende el cuestionamiento de la apelante en este sentido no tiene posibilidad de ser acogido". **(Rad. 158697 del 18 de julio de 2017, M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Primera Sala de Decisión).**



### 36. DETENCIÓN PREVENTIVA.

No se pueden cumplir simultáneamente dos medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

"Sin lugar a dudas, es innegable que la confinación que hoy soportan los soldados regulares ZLE y MHO, en el Centro Penitenciario y Carcelario La 40, del municipio de Pereira - Risaralda, obedece a la medida que les fue impuesta dentro del proceso que en la jurisdicción ordinaria se les impulsa por el reato de homicidio y no por la medida que decretó en este asunto penal el Juzgado 53 de I.P.M.

Nótese cómo el mismo Juez Instructor en el proveído por el cual le resolvió la situación jurídica provisional a los acriminados, el 29 de septiembre de 2016, reconoció que éstos cumplían en el Centro Penitenciario y Carcelario La 40, otra medida de aseguramiento a raíz de la investigación que impulsa la Fiscalía Especializada de Buga- Valle.

En este orden de cosas, es evidente que aunque los ex uniformados se encuentran privados efectivamente de su libertad, tal condición no se debe a este proceso; por tanto, es incomprensible que se afirme, como lo hizo el juez 53 de I.P.M., que se han cumplido 120 días de privación real de la libertad por cuenta de este sumario, porque simultáneamente no pueden ellos estar cumpliendo dos medidas de aseguramiento al mismo tiempo; es tan claro esto que por ello el Codificador previó en el artículo 530 de la Ley 522 de 1999, que: "FORMALIZACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.... Si dentro de las doce (12) horas siguientes no llegare la orden de detención con la indicación de la fecha del auto y del hecho punible que la motivó, se pondrá en libertad al encarcelado si no existe orden de captura o detención proferida en otra actuación. Si quien tenga su custodia no lo hiciere así, incurrirá en la sanción penal a que haya lugar."

Se sigue de lo dicho que una vez los procesados sean dejados en libertad por cuenta del proceso que se les sigue en la jurisdicción ordinaria, deberán ser puestos



a disposición de la justicia penal militar, juzgado 53 de I.P.M., para que cumplan con la medida de aseguramiento de detención preventiva que en este asunto se les decretó, y solo a partir de este momento empezará a contabilizarse el término que aquí erradamente tuvo en cuenta el despacho investigador”. (Rad. 158685 del 28 de junio de 2017, M.P. TC (RA) NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Segunda Sala de Decisión).



### 37. DOBLE INSTANCIA.

Alcance. Sólo es susceptible del recurso de apelación lo que fue objeto de pronunciamiento en la primera instancia.

“El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme, razón por la cual le impone a quien haga uso de este que lo sustente, esto es, que exponga las razones de su inconformidad con la decisión de primera instancia expresando las ideas con un criterio tautológico y mediante la pertinente crítica jurídica, acusando a la providencia recurrida de contrariar el derecho en aras de alcanzar su revocatoria o modificación.

Bajo estos parámetros que jurisprudencial y doctrinalmente se han desarrollado, resulta fácil concluir que el recurso de apelación se encuentra establecido para que el afectado con una decisión judicial le formule reparos, inconformidades o cuestionamientos, lo que conlleva a que la parte que lo interponga dirija su sustentación a esos aspectos.

En ese sentido, esta Corporación ha sostenido de forma clara y pacífica, que no le basta al recurrente afirmar que se atiene a lo afirmado y sostenido en el curso de la instancia, o dirigir su esfuerzo de revocatoria a temas no tratados en la providencia objeto del recurso, sino que es necesario que aporte argumentos en contra de los fundamentos del fallo apelado, los cuales constituyen la base de estudio de la decisión de segundo grado. En otras palabras, es necesario que el recurrente exponga de forma razonada y ordenada las razones que motivaron su disconformidad con las motivaciones y conclusiones de la sentencia que puso fin a la primera instancia, pues de lo contrario no le es permitido al *Ad quem* hacer un nuevo estudio de fondo acerca de las pretensiones invocadas, sin incurrir en palmario quebranto de la norma procedimental que exige la debida sustentación del recurso de apelación.

Si la competencia de la segunda instancia queda limitada a confrontar la providencia recurrida con los motivos de inconformidad aducidos por el recurrente, no puede, por consiguiente, el juez colegiado analizar aspectos no tratados en la decisión primaria. La regla a seguir impone que no puede tener segunda instancia lo que no ha sido materia de decisión en primera, ni lo que no ha sido objeto del recurso; la excepción está dada por la oficiosidad en protección de garantías y lo que tenga relación necesaria y consecuencial con el asunto que ha sido objeto de



examen y decisión por el *A quo.*” (Rad. 158773 del 27 de noviembre de 2017, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).



## 38. DOCTRINA PROBABLE Y PRECEDENTE JUDICIAL.

Diferencias y similitudes.

“Consecuente con las anteriores razones, debemos entender que cuando se presentan tres o más decisiones uniformes emanadas de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho, nos encontramos frente a lo que se denomina doctrina probable, en tanto que, la fuerza normativa de la hermenéutica emanada de esa Alta Corporación Judicial, proviene de la función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria y el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se sustenten en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico.

La fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema encuentra justificación constitucional en el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica de la que deben estar imbuidas las decisiones judiciales, bajo el entendido que deben estar precedidas de una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico, amparada en dos garantías fundamentales, igualdad ante la ley, entendida como el conjunto del ordenamiento jurídico, e igualdad de trato por parte de las autoridades, entendida esta desde la perspectiva del principio de igualdad atendiendo la teleología de los fines del Estado Social de Derecho y bajo los límites impuestos por la Constitución y la Ley a los funcionarios encargados de impartir justicia, que suponen la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales que obliga especialmente a los jueces (*C. CONST. Sentencia C-836 de 2001*), criterio reiterado en la sentencia C-621 de 2015, de esa misma Corporación.

Ahora bien, para que se pueda predicar que se trata de doctrina aprobable y/o precedente judicial, necesariamente las decisiones deben ser emitidos por los Tribunales de Cierre en cada jurisdicción, no obstante, se trata de dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y conseguir los precedentes objetivos, brindar seguridad jurídica con criterios sólidos de homogeneidad y equilibrio en las soluciones judiciales, mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión. (*C. CONST. Sentencia C-621 de 2015*).

No se puede afirmar que una decisión única o de cualquier funcionario judicial en ejercicio de su función tenga la condición de precedente judicial, como quiera que, esa condición con carácter normativo o fuerza vinculante, se predica única-



mente de los Tribunales de Cierre en cada jurisdicción, como la Corte Suprema de justicia, por hallarse constitucionalmente unificada de la facultad de unificar la jurisprudencia, en consecuencia, de autoridad para desarrollar reglas de interpretación normativa que sirvan de fundamento en la determinación adoptada (*ratio decidendi*), y que han sido objeto de reiteración pacífica por el órgano unificador, amén de ello, debe cumplir unas condiciones adicionales de orden cualitativo y cuantitativo. (CSJ – SCP – Radicado 39346 – 9 octubre 2013).

Congruente con lo expuesto en precedencia, se debe precisar que la sola razón de ser de una decisión (*ratio decidendi*), no se constituye en un precedente judicial, sino que se requiere de la existencia de un conjunto de decisiones del Supremo Órgano unificador que, de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema concreto de derecho y lo desarrollen (factor cuantitativo), en el que efectivamente se asuma el estudio detallado de una cuestión problemática, y que, esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera, dada la trascendencia y consecuencias de esas decisiones (factor cualitativo), (CSJ – SCP – Radicado 29877 – 1 agosto de 2011).

De otro lado, la existencia de una sola providencia no se constituye en un precedente judicial, como se dijo se requiere combinar criterios cuantitativos y cualitativos (CSJ – SCP – Radico 46176 del 2 de diciembre de 2015), en otras palabras, una sola opinión doctrinaria o una decisión judicial de los Tribunales de cierre de la respectiva jurisdicción, no consigue a estructurar un criterio hermenéutico dominante, relevante o significativo que permita establecer el verdadero espíritu de la norma (C. CONST. Sentencia C-258 de 2013) y determinar su alcance con efectos con la suficiente trascendencia que sirvan de guía para ser aplicados en casos similares.

Congruente con las anteriores razones, se debe advertir que, de cara a lo preceptuado en los artículos 296 de la Ley 600 de 2000 y 180 de la Ley 906 de 2004, ninguna dificultad ofrece entender que la esencia de los denominados precedentes, doctrina probable o línea jurisprudencial, es la unificación de la jurisprudencia como pilar fundamental del recurso de casación penal, con el fin de brindarle a la sociedad colombiana criterios sólidos de homogeneidad y equilibrio en las soluciones judiciales para la materialización del principio de seguridad jurídica, guía y soporte ineludible de la democracia patria (CSJ – SCP – Radicado 34103, 17 julio 2013).

Como se ha evidenciado en las razones precedentes, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, han desarrollado una extensa jurisprudencia en la que determinó la importancia y carácter vinculante del precedente y la doctrina probable para las autoridades judiciales en los casos posteriores que incumban similares supuestos de hecho, con el fin de garantizar seguridad jurídica y la igualdad de trato en la actividad judicial, sin embargo, también han precisado en diferentes oportunidades que el juez puede desligarse del precedente, argumentando las razones por las cuales decide apartarse.



La potestad de los jueces de apartarse del precedente judicial y la doctrina probable (jurisprudencia), como expresión de su autonomía judicial constitucional prevista en el artículo 230 superior, como lo han enseñado las Altas Cortes, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, el Juez debe exponer de manera explícita las razones en las que funda el apartamiento, por: a) ausencia de identidad fáctica, que impida aplicar el precedente al caso concreto; b) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; c) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial; por lo cual, le asiste un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, la explicitación de las razones por las cuales se desliga en el caso concreto. (C. CONST. Sentencia C-621 de 2015).” (Rad. 158405 del 17 de noviembre de 2017, M.P. MY. (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).



### 39. EJECUTORIA DE PROVIDENCIAS CON DECISIONES MIXTAS.

Su impugnación difiere la ejecutoría de la providencia. Inexistencia de ejecutorias parciales.

“Las decisiones judiciales quedan ejecutoriadas, de acuerdo con los artículos 354 de la Ley 522 de 1999 y 187 de la Ley 600 de 2000, cuando no se interponen recursos dentro del término legal o, si se trata de decisiones inimpugnables, el día en que sean suscritas por el funcionario judicial correspondiente; pero ninguna providencia judicial podrá ser ejecutada sin que previamente haya cobrado ejecutoria<sup>113</sup>, a pesar que puede llegar a ser obligatoria si se conceden los recursos en el efecto devolutivo.

Así también, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la ejecutoria es una de las características de los efectos jurídicos de las providencias judiciales<sup>114</sup>, cuando frente a dichas determinaciones, *i)* no procede recurso alguno, *ii)* se omite su interposición dentro del término legal previsto, *iii)* una vez interpuestos se han decidido o; *iv)* cuando su titular renuncia expresamente a ellos<sup>115</sup>.

En ese orden de ideas, es dable entender que con la impugnación presentada por una de las partes se difiere la ejecutoria de la providencia para todos, hasta cuando se decida lo pertinente por el superior funcional<sup>116</sup>, pues de no ser así, admitiendo las ejecutorias parciales, se podría arribar al absurdo de coexistir resoluciones judiciales contradictorias en sus consecuencias, como cuando el superior

113 La ejecutoriedad de una decisión es distinta de su ejecución. Así, mientras que la ejecutoriedad hace referencia a la firmeza del acto y, consecuentemente, a la posibilidad de realizar de inmediato su contenido, la ejecución supone dicha firmeza y la previa notificación del contenido de la decisión, con el objeto de obligar al administrado a realizar los actos a su cargo cuando éste se resiste voluntariamente a cumplirlos.

114 En este sentido, la ejecutoria de una decisión judicial trae consigo varios efectos jurídicos, a saber: (i) El fallo resulta obligatorio para los sujetos procesales y, por ello, es susceptible de ejecución voluntaria o coactiva; (ii) la determinación tiene un alcance imperativo frente a las autoridades públicas y; (iii) permite garantizar la vigencia del orden jurídico como atributo de la soberanía estatal. C-641 de 2002.

115 Corte Constitucional, sentencia C- 641 del 13 de agosto de 2002, Magistrado Ponente RODRIGO ESCOBAR GIL.

116 Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– Sala de Decisión de Tutelas 2, providencia del 23 de enero de 2007, Magistrado Ponente MARINA PULIDO DE BARÓN.



funcional decreta la nulidad total o parcial de la actuación procesal y/o de la providencia, y al momento de materializarla se encuentra con que el A quo ya había declarado la ejecutoria y ordenado el cumplimiento de su decisión en lo que atañe a los no recurrentes.

Nuestra legislación procesal penal no permite las ejecutorias parciales<sup>117</sup>, en cuanto las conductas se tramitan bajo el criterio de unidad procesal<sup>118</sup>. Sobre este tema la postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido monolítica, reiterada y pacífica. (...)

Conforme a lo que se ha venido decantando, basta con que cualquiera de los sujetos procesales comprometidos en una providencia apele una de las decisiones contenidas en ésta, para que su ejecutoria se suspenda hasta tanto no se defina el recurso bajo la limitación funcional del superior dispuesta por la codificación penal militar, que lo constriñe a examinar “únicamente los aspectos impugnados”; sin embargo, este principio no se puede entender de forma literal cuando el *Ad quem* se ocupa de forma prerrogativa a examinar los errores de procedimiento, para, si es el caso, decretar de oficio las nulidades que advierta en la actuación procesal. (...)

En suma, la ejecutoria y ejecutoriedad de una providencia de primer grado apelada, sólo se alcanza y se propicia con la decisión de segunda instancia, incluyendo las determinaciones en ellas contenidas que no fueron cuestionadas o que se refieren a sujetos procesales no impugnantes; de manera que al decretarse por el *Ad quem* la nulidad de oficio de toda la providencia o actuación, abarcará a todas las partes y situaciones allí contempladas, efecto extensivo que procesalmente se legitima con el traslado a los no impugnantes del recurso de alzada<sup>119</sup>, y habida consideración que las instancias o sedes jurisdiccionales están marcadas por la jerarquía funcional<sup>120</sup>.

Y ello es así, se itera, porque los aspectos impugnados no siempre pueden esdindirarse de otros temas tratados, y en consecuencia, es factible imponer una decisión abarcando más asuntos de los propuestos, siempre que no haya violación del principio de *no reformatio in pejus*<sup>121</sup>, pues de no ser así, quedaría simplemente como un enunciado filosófico, sin resultado alguno, que “*En un Estado de derecho como el nuestro no se puede aceptar que se hagan efectivas decisiones arbitrarias o, lo que es lo mismo, proferidas sin la estricta observancia de la ley y la Constitución, o que infrinjan los derechos fundamentales de la persona humana, pues principios como el de justicia, libertad y dignidad humana impiden hacerlo.*” (**Rad. 158612 del 28 de junio de 2017, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión**).

117 Entre otras decisiones de la Corte Suprema de Justicia tenemos: T 84970 del 31 de marzo de 2016, Magistrado Ponente FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO; radicado 44304, auto del 02-12-2014, Magistrado Ponente EUGENIO FERNANDEZ CARRIER; radicado 39373, auto del 10-07-2013, Magistrado Ponente FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO; radicado 31683, sentencia del 8 de mayo de 2009, Magistrado Ponente SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

118 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 23279, de febrero 2 de 2006.

119 Ley 522 de 1999, artículo 581

120 Cfr. Radicado 158209 del 27 de julio de 2015 MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ Tribunal Superior Militar.

121 Entendido cuando contra una sentencia condenatoria el procesado es el único apelante



#### 40. DEL CENTINELA.

Dormirse por cansancio puede configurar una fuerza mayor y/o caso fortuito.

“Congruente con las circunstancias en que se presentó el supuesto fáctico, determinadas en el examen de los medios de prueba realizado en el numeral 2.2.1 de estas consideraciones y las precisiones de orden conceptual, dogmático, doctrinario y jurisprudencial expresadas en precedencia, la conducta imputada al procesado AP. HAPM ha de examinarse bajos los fenómenos de fuerza mayor y caso fortuito, en tanto que, se presenta un primer suceso generado por los superiores del enjuiciado que inicialmente origina un cansancio físico producido por la prestación de servicios de manera continua, sin turnos de descanso, acaecimiento que finalmente trae como consecuencia que durante la prestación del servicio se haya dormido.

La decisión de doblar del servicio e imponerle actividades adicionales del servicio durante los turnos de disponibilidad (en los que supuestamente debían descansar), a los auxiliares de Policía de la Estación Pizanda, entre ellos al aquí enjuiciado, situación que generó el cansancio que dio como resultado que el procesado se quedara dormido, corresponde a una acción externa a la voluntad del enjuiciado, producida por actos de otra persona que ejercía autoridad como funcionario público, por tanto, se tornaban como irresistibles, por ello, en la generación del cansancio que en última causó que el auxiliar se quedara dormido, corresponde a una fuerza mayor.

Ha tenerse en cuenta, que el aquí enjuiciado es un Auxiliar Regular de Policía, que solamente contaba con estudios primarios y dentro de esa escasa preparación intelectual, es entendible que no se opusiera a las imposiciones de su superior, pues tales ordenes eran inoponibles e irresistibles, si tenemos en cuenta además que, durante el exiguo tiempo de capacitación en la Escuela de Policía, les enseñan que deben cumplir las órdenes de sus superiores, pues de lo contrario incurren en el delito de desobediencia, e igualmente, que si abandonan las filas policiales pueden incurrir en el delito de desertión, por ello, cumplen con los servicios dispuestos por sus superiores, se doblan a este temor reverencial, así se encuentren doblados de servicio, así el cansancio y el agotamiento físico sea de tal naturaleza que en últimas doblegue su voluntad de cumplir los servicios ordenados, como ocurrió el caso bajo estudio.

Esa obediencia, que pudiéramos decir que se traduce prácticamente en una obediencia ciega y ese respeto por las decisiones de sus superiores, se hace más evidente cuando acepta la negativa de su superior el IJ. JHG, de autorizarle el permiso para trasladarse al dispensario del Tercer Distrito de Policía Policarpa (Nariño) ante algunos quebrantos menores de salud, bajo el argumento que no estaba autorizado para conceder permisos, contexto que nos lleva a inferir que, a pesar del cansancio por las largas jornadas de trabajo y el no poder dormir durante el tiempo necesario para recuperarse de manera adecuada, no realizó ningún reclamo ante sus superiores, ni



al momento de salir a prestar el servicio manifestó su indisposición física para cumplir con el mismo, pues el Comandante de Guardia, lo trataría de “nena”, según refiere el propio procesado en la indagatoria.

El descanso y el dormir es una necesidad primaria de todo ser humano, el ciclo sueño-vigilia es intrínseco e inevitable en todas las personas, no es un patrón que la persona voluntariamente asuma o decidir ignorar, es por ello, que cuando no se duerme nada o no se duerme lo suficiente, la persona no descansa físicamente y el organismo reacciona con toda una serie de desajustes, muchos de los cuales son altamente peligrosos para la salud en general, luego, si tenemos en cuenta que, como lo muestra el material probatorio allegado al proceso, el AP. HAPM llevaba más de un mes sin descansar y solo podía dormir unas escasas horas, necesariamente debemos concluir que el agotamiento físico lo llevó a quedarse dormido en la madrugada de marras, así sea momentánea.

Ese agotamiento físico, que pertenece al fuero interno del procesado, debido al largo tiempo en que se encontraba sometido a las extensas jornadas de trabajo y al exiguo sueño que podía tomar diariamente, porque no decirlo, casi inexistente, necesariamente debió acumular un exceso de agotamiento al punto que doblegó la voluntad de cumplir con el servicio, quedándose dormido en su lugar de facción, por lo cual, si bien es cierto el proceso causal es obra del procesado y era previsible, no era evitable en las condiciones en que se encontraba, ni su actuar corresponde a una acción dolosa, sino que fue producto de la influencia de factores del mundo circundante que se constituyen en un caso fortuito”. **(Rad. 158430 del 28 de abril de 2017, M.P. MY (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Cuarta Sala de Decisión).**



## 41. ENTREVISTAS.

Valor probatorio.

“En este sentido, para establecer qué tipo de valor probatorio se les asigna a las entrevistas dentro del procedimiento penal militar regido por la Ley 522 de 1999, se tiene que estas según el artículo 314 de la Ley 600 de 2000 -norma viable aplicable en este caso-, carecen de valor probatorio toda vez que no constituyen testimonios, ni indicios y solo pueden ser tenidas en cuenta como criterios orientadores de la investigación, esa es la interpretación que al respecto le ha asignado la Corte Suprema de Justicia.

“La Sala está de acuerdo con el casacionista, que al tenor del artículo 314 de la ley 600 de 2000, las exposiciones o entrevistas realizadas por la policía judicial, a quienes puedan tener conocimiento de la comisión del delito, carecen de valor probatorio porque no son testimonios ni indicios, sino criterios orientadores de la investigación”<sup>122</sup>.



Igualmente, la Corte Constitucional ha precisado que cuando el funcionario encuentre en la actuación informes o entrevistas donde se hallan plasmado manifestaciones de los implicados o testigos, lo viable es que el funcionario a partir de esos informes proceda a producir la prueba que le permita comprobar o desmentir el contenido de las manifestaciones plasmadas en los referenciados informes, y esa prueba es la que puede ser controvertida y valorada dentro de la actuación.

“Sin embargo, lo anterior no obsta para que el funcionario judicial competente pueda, a partir de dichos informes, producir dentro del proceso la prueba que se requiera para establecer la realidad y veracidad de los hechos que son relevantes en éste, la cual naturalmente puede ser controvertida por el sindicado. Pero se anota que lo que dicho funcionario puede valorar es la prueba producida regularmente en el proceso, mas no los mencionados informes”. **(Rad. 158582 del 28 de septiembre de 2017, M.P. TC. (RA) NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Segunda Sala de decisión).**



## 42. ERROR DE TIPO - ERROR DE PROHIBICIÓN.

Concepto. Diferencias.

“Tanto así, que el censor no solo obvio la construcción estructural de las causas de Ausencia de Responsabilidad que variada y confusamente reclama, sino que además surtió combinaciones incompatibles a aplicar en el caso en estudio, como sucedió con el Error de Tipo y el Error de Prohibición, que plantea de manera desfasada sobre el común denominador de la mera mención que hace de la existencia de un “tramitador”, olvidando que el Error de Tipo consiste en “el desconocimiento o error acerca de los elementos descriptivos o normativos –aspectos objetivos del tipo de injusto– por parte de quien realiza la conducta prohibida” excluyendo el dolo, aunque “válido es aclarar que si el error recae estrictamente en el elemento normativo, suficiente es que el autor haya realizado una valoración paralela del mismo, incluso desde la perspectiva del lego, para imputarle su conocimiento a título de dolo”.

En tanto que el Error de Prohibición difiere del Error de Tipo en que “el agente conoce la ilicitud de su comportamiento, pero erradamente asume que el mismo le está permitido y que por lo tanto lo excluye de responsabilidad penal, en otras palabras, supone que hay unas condiciones mínimas pero serias que en alguna medida hagan razonable la inferencia subjetiva que equivocadamente se valora. Luego en el error de prohibición la falla en el conocimiento del agente no reside en los elementos estructurales del modelo de conducta prohibida por la ley, las cuales conoce, sino en la asunción que tiene acerca de su permisibilidad” (CSJ, N° 31780, 15-Jul-09)<sup>123</sup>; luego entonces, como puede la Defensa alegar, de una parte, que su patrocinado obró con error de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de las descripción típica –Error de Tipo–, cuando a la par reclama en absoluta contradicción,



que conociendo que la conducta es punible, obró con error de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluye la responsabilidad, esto es, con error sobre los presupuestos facticos de una causal de justificación –Error de Prohibición”.(Rad. 157391 del 27 de junio de 2017, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZARATE, Cuarta Sala de Decisión).



### 43. ERRORES EN LA VALORACIÓN PROBATORIA.

Incidencia en la motivación de las decisiones. Defecto fáctico.

“Entre los sistemas tradicionales de valoración de la prueba, el nuestro adopta el de la sana crítica, que se caracteriza por la ausencia de reglas abstractas de valoración probatoria y exige una decisión sustentada en los elementos de convicción y la consecuente motivación sobre su mérito probatorio, conforme a las leyes de la ciencia, los principios de la lógica y las reglas de la experiencia.

(...) No empece una labor tal, que por obvias razones involucra el intelecto y la capacidad de discernimiento de cada dispensador de justicia, no está exenta de fallas o desaciertos, los que de producirse dan lugar a los denominados yerros en la valoración probatoria, mismos que pueden generarse como consecuencia de: (a) una omisión judicial, como puede cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido; (b) por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución, o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto; o (c) por desconocimiento de las reglas de la sana crítica. (...)

Este vicio de motivación de las decisiones judiciales con claro origen en la errada contemplación probatoria, se itera, tiene como efecto, se habrá de decir, el que se deba revocar la decisión que adolece del mismo y dictar la determinación de reemplazo, a diferencia del efecto propio de los otros vicios que en materia de argumentación judicial se pueden dar – *v.gr.* ausencia total de motivación, motivación dilógica o ambivalente o motivación incompleta –, los que de acaecer lo que generan es la nulidad de la decisión en que ellos tienen ocurrencia”. (Rad. 158470 del 12 de julio de 2017, M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).





## 44. EL ESTADO DE NECESIDAD.

Como causal de justificación o como excluyente de culpabilidad.

“La causal eximente de responsabilidad invocada se encuentra prevista en el numeral 7° del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, la cual exime de responsabilidad penal al agente cuando: *“Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”*. La doctrina ha entendido que el estado de necesidad puede tenerse como causal de justificación o como excluyente de culpabilidad, en efecto, el estado de necesidad justificante se presenta cuando dos bienes jurídicos se enfrentan y se opta por sacrificar el que se considera menor para proteger otro y evitar un daño mayor. Ahora bien, corresponde a causal de inculpabilidad putativa cuando el agente frente a la colisión de derechos o intereses jurídicos, dada su situación asume erradamente que el atentado a otros intereses o bienes jurídicos de mayor entidad que el que se busca proteger está justificado por el derecho<sup>124</sup>.

La causal de justificación exige una serie de requisitos para su constatación, a saber: *i) existencia de un riesgo, un mal, un daño, un peligro; ii) el riesgo debe ser actual o inminente; iii) que el mal o el daño no sea evitable por otro procedimiento menos perjudicial; iv) Se debe causar un mal menor. Es de la esencia de esta justificante que el daño causado sea de entidad menor, pues si es equiparable solo podrá invocarse el estado de necesidad excluyente de la culpabilidad; v) que el mal no haya sido causado por el agente en forma intencional o imprudente; vi) que el daño o mal no deba afrontarse por deber jurídico; y vii) que exista la finalidad de proteger el derecho o bien jurídico*.<sup>125</sup>(...)

La doctrina penal ha referido que el análisis de la existencia del riesgo para el bien jurídico obedece a un juicio *ex ante* a la conducta<sup>126</sup>, en ese orden, el peligro al que alude la defensa para sustentar la existencia de un estado de necesidad no tenía vigencia al momento de los hechos (30 de octubre de 2016), puesto que, según lo manifestado por el procesado y su padre, la causa que determinó la ejecución de la conducta típica tuvo origen en la presunta pérdida de la tarjeta de buena conducta, circunstancia que desde ningún punto de vista puede atenderse como excusa para abandonar el servicio militar”. **(Rad. 158900 del 24 de abril de 2018, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión).**



124 CSJ, Sentencia del 17 de agosto de 2011, Rad. 32264, MP. Alfredo Gómez Quintero.

125 Velásquez Fernando, Manual de derecho penal parte general, Ediciones jurídicas Andrés Morales, Cuarta Edición 2010, pág. 502-506.

126 “Ahora bien, para precisar cuándo existe la verdad de riesgo para el bien jurídico, parece evidente que la única manera de hacerlo es mediante un juicio “ex ante”, en virtud de que el juzgador se retrotraiga al lugar y al momento en que el necesitado realizó la conducta típica”. Velásquez Fernando, Manual de derecho penal parte general, Ediciones jurídicas Andrés Morales, Cuarta Edición 2010, pág. 502.



## 45. ESTADO DE NECESIDAD.

Requisitos para que se constituya en causal de ausencia de responsabilidad.

“La defensa en su recurso de apelación busca que se revoque la sentencia condenatoria, para en su lugar absolver al AP. BGVJ, bajo la premisa que este actuó amparado en la causal de ausencia de responsabilidad - estado de necesidad-; previo a abordar dicho planteamiento, se ha de referenciar el marco teórico de dicha causal.

Prevé el Código Penal Militar el estado de necesidad (Ley 1407,2010,art.33.7), figura que afecta la antijuridicidad del injusto (CSJ,Rad.15313,2000) siempre que para un bien jurídico exista un peligro del cual se pregone su actualidad y a la vez, que sea inminente e inevitable.

El estado de necesidad justificante, constituye la posibilidad legal para afectar bienes jurídicos dentro del límite de lo necesario, esta causal exige unos requisitos para su configuración, esto es, peligro actual o inminente, inevitabilidad del daño y proporcionalidad entre el mal que se precave y el que se ocasiona, entre otros. Es decir, se autoriza la conducta cuando no se puede evitar o no se puede hacer de otra manera, existe la necesidad objetiva y general de hacerlo buscando evitar la causación de un daño superior, o al menos igual al bien jurídico propio.

Conforme a lo anterior, y para resolver la pretensión del apelante, de considerar que la ausencia al servicio era una conducta necesaria y autorizada, se requiere además, la existencia del peligro o riesgo para la protección de un bien jurídico propio del aquí procesado AP. BGVJ, y de manera relevante, que dicho peligro o riesgo sea actual o inminente, este último, significa que el riesgo existe en el momento o que ya está a punto de materializarse el peligro.

Considera esta Sala de Decisión, que este presupuesto no se estructura en el caso sub júdice, específicamente, la existencia del riesgo o peligro para el bien jurídico del procesado AP. BGVJ y menos, que dicho peligro fuera actual o inminente; obsérvese que el hecho fáctico por el cual se le condena como autor del punible de deserción, inició el día 6 de mayo de 2015 a las 16:00 horas y se materializó el 12 de mayo de 2015 a las 16:00 horas y a partir de allí, continúa su conducta delictiva por tratarse de un delito de ejecución permanente (TSM Rad.158237/14 Ago.2015) - (TSM Rad.158263/30 Oct.2015), mientras dure la ausencia a las filas.

Es decir, la imputación fáctica se circunscribió desde el día 12 de mayo de 2015, hasta el día 4 de abril de 2016, fecha en la que se declaró cerrada la instrucción, lapso de tiempo que se considera como consumación del delito de deserción, bajo la premisa que este tipo penal es de aquellos denominados de ejecución permanente.

La defensa considera que esa ausencia a las filas que afecta el bien jurídico del servicio, constituye una conducta autorizada por la ley en virtud de un estado de necesidad, y para ello invoca que el AP. BGVJ, se encontraba afectado en su salud, tenía una unión marital de hecho y su compañera permanente se encontraba



embarazada, y que dichas circunstancias en un test de ponderación, inclinaban la balanza en favor del procesado.

La anterior hipótesis defensiva no se acatará por parte de esta Sala, acogiendo a plenitud el concepto del Ministerio Público ante esta Corporación, bajo el entendido que las circunstancias alegadas, se presentaron en tiempos o fechas distintas a la ocurrencia de la situación fáctica por la cual se le hace el reproche penal; en igual sentido, fueron despachadas por el A Quo en su sentencia condenatoria”. (Rad. 158598 del 17 de mayo de 2017, M.P. CR (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Tercera Sala de Decisión).



## 46. ESTADO DE NECESIDAD.

Requisitos para que se constituya en causal de ausencia de responsabilidad.

“En este orden de ideas, al contrastar las deponencias ya referidas, junto con el diagnóstico de la clínica Campbell, a través del cual se determinó que el procesado no sufrió lesión ósea sino una contusión en el quinto dedo del pie, aunado a la renuencia de realizarse el examen médico legal que se le ordenó, y el deseo que tuvo de evadirse a la primera oportunidad que tuvo, conlleva a determinar, sin lugar a dudas, que la intención del uniformado era no prestar el servicio militar obligatorio, lejos de con ello demostrarse causal de ausencia de responsabilidad alguna, según lo pretende la recurrente.

Se erige entonces, que no le asiste razón a la impugnante cuando se limitó a esgrimir que hubo un conflicto de bienes jurídicamente protegidos en donde primaba el de la salud sobre el Servicio, y que en consideración de esto la conducta de su prohijado estaba más que justificada. Como ya se había advertido al iniciar las consideraciones de esta decisión, la togada no tuvo como respaldar sus argumentos probatoriamente, siendo evidente que la realidad procesal es diferente a la expuesta por ella, pues se recalca, no se probó que la afección de salud del procesado fuera de tal magnitud que lograra apartarlo de su obligación para prestar el servicio militar obligatorio; en otras palabras, no se cumplen los requisitos que demanda la ley para estructurar una causal excluyente de responsabilidad penal, en tanto no está demostrado el estado de necesidad que invoca la apelante.

Para efectos de dar mayor claridad sobre el tema, la Sala consideró necesario rememorar que el estado de necesidad en términos generales se concibió como una situación de conflicto entre dos bienes jurídicamente protegidos en la que por proteger uno de ellos, necesariamente el de mayor jerarquía, se debe optar por sacrificar el otro -estado de necesidad justificante-, o cuando el agente realiza una conducta típica con el objeto de salvaguardar o proteger un derecho propio o ajeno de una amenaza o daño real actual o inminente, en el que se produce un daño de menor gravedad a los bienes jurídicos, siempre que no pueda evitarse de manera distinta -estado de necesidad excluyente de la culpabilidad-.



Hechas las precisiones anteriores, se debe apuntalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia<sup>127</sup> han venido decantando que para estructurar el estado de necesidad habrá de cumplirse los siguientes presupuestos, a saber: *i)* debe existir un riesgo, un daño o peligro; *ii)* ese riesgo, daño o peligro debe ser actual o inminente; *iii)* la conducta ejecutada debe tener como único propósito proteger un derecho propio o ajeno, es decir, la finalidad debe ser la protección del bien; *iv)* el daño o peligro no puede evitarse de otra forma, procedimiento o por otro actuar; *v)* el daño causado debe ser de menor entidad o gravedad; *vi)* el daño o peligro que se pretende evitar no debe ser causado por el agente de manera intencional o por imprudencia y, *vii)* el agente no debe tener el deber jurídico de afrontar ese peligro<sup>128</sup>.

Frente a los presupuestos requeridos para estructurar el estado de necesidad, se hace imperioso que la Sala puntualice que conforme al examen del supuesto fáctico aludido por la apelante, salta de bulto que en el momento de la ocurrencia del hecho objeto de esta investigación el bien que el procesado adujo tenía la necesidad de proteger -la salud- no se encontraba en peligro o riesgo inminente, pues ya había sido tratado por galenos de la Policía Nacional y la Fundación Campbell, quienes previa valoración le formularon los medicamentos que conforme a la sintomatología presentada consideraron necesarios para tratarlo, coligiendo que no había una lesión de tal magnitud que le impidiera al procesado moverse, desplazarse o continuar con las obligaciones propias del servicio militar”. (Rad. 158858 del 11 de mayo de 2018, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).



### 47. FAVORECIMIENTO DE LA FUGA-MODALIDAD CULPOSA.

Improcedencia de atenuación punitiva por recaptura del procesado.

“De otra parte, el segundo argumento de la defensa es dar aplicación al principio de buena fe y confianza, para mejor comprensión del tema se hace prudente citar lo que el diccionario *“El pequeño Larousse Ilustrado, 2004”*, define como *confianza*: “Seguridad que alguien tiene en sí mismo, en otro o en una cosa. De confianza. Se dice de la persona con quien se tiene trato familiar, o en quien puede confiarse; que inspira seguridad o confianza porque posee las cualidades recomendables para su cometido”.

En ese orden de ideas, el cabo primero RTNR, no podía tener la plena confianza con los detenidos al permitirle que fueran detrás de él e incluso cogerles cierta distancia para perder la visibilidad y observancia de los mismos y por ende el control de su custodia y vigilancia, como lo expresan los mismos soldados que iban con el

127 Cfr. Sentencias: radicado 43033 del 05 de marzo de 2014, MP. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO, radicado 32614 del 17 de agosto de 2011 MP. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, radicado 8523 DEL 17 DE AGOSTO DE 1993 MP. DR. GUSTAVO GÓMEZ VELASQUEZ, Corte Suprema de Justicia y Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006 MP. DR. JAIME ARAUJO RENTERIA Corte Constitucional; entre otros.

128 Derecho Penal, parte general, ALFONSO REYES ECHANDIA, Editorial Temis S.A., Bogotá –Colombia- 1987 –decima primera edición-.



fugado e incluso de éste mismo, debido a que por la calidad de detenidos no era viable que les inspirara seguridad y confianza, mientras él llegaba primero al rancho de tropa, pues debía era prever la situación de una posible fuga llevándolos a todos en fila o en formación como enseña la lógica castrense.

En tal sentido le asiste razón al a quo para rechazar tal tesis defensiva, si se tiene en cuenta que ésta no resiste un análisis probatorio coherente en relación con la versión que manifiesta el procesado y en parte corroborado por los demás testigos bajo la gravedad del juramento.

Es que a la luz del postulado de una investigación integral, considera la Sala de Decisión, que el caudal probatorio allegado, conducente y pertinente resulta suficiente para el esclarecimiento de la verdad material, pues el Juzgado de Instrucción Penal Militar desplegó un juicioso ejercicio investigativo, que permitió verificar en su mayoría las referencias y circunstancias que el procesado narró en su injurada, las cuales desafortunadamente no fueron fructuosas para sus intereses, empero no son obstáculo para concluir que se cumplió con el mandato legal y derecho del enjuiciado.

Por consiguiente al estar obligado el procesado RTNR, S, en su calidad de suboficial de administración, a custodiar y vigilar a los detenidos durante su desplazamiento al rancho de tropas, por falta de diligencia y prevención, dio lugar a la fuga de uno de los detenidos, debe en calidad de custodio entrar a responder en la modalidad culposa el favorecimiento de la fuga, más cuando era previsible<sup>129</sup> dicha situación y evitable<sup>130</sup> su resultado, condición *sine qua non* en la adecuación típica para la comisión del presente delito.

La norma penal, no solo exige violación al deber objetivo de cuidado y causación de un determinado resultado dañoso, sino el nexo causal entre los dos extremos, circunstancia que el funcionario judicial de primera instancia logró demostrar con suficiencia probatoria y argumentativa en tanto que el procesado realizó la conducta tipificada en la norma, sabiendo que tenía la posibilidad de actuar como lo haría cualquier otro miembro castrense durante su servicio de suboficial de administración cumplidor de sus deberes de servidor público bajo las mismas condiciones objetivo-subjetivas, sin que se pueda invocar en su favor una causal excluyente de responsabilidad.

Ahora, resulta adecuado en aras de lealtad argumentativa con la apelante, exponer brevemente por qué la Sala de Decisión tampoco considera que tenga cabida su teoría de una reducción de pena por la recaptura del detenido y que la sanción impuesta sea variada, es decir, que solo sea impuesta la multa más no la pérdida del empleo o cargo.

129 Previsibilidad es la característica del resultado en el sentido de que el autor habría podido representarse efectivamente el posible resultado típico; como se trata de la cognoscibilidad del resultado propio del tipo, es a nuestro juicio de una previsibilidad en concreto, pues el autor sólo falta a la anticipación del resultado, cuando él lo habría podido prever. GÓMEZ, Jesús. Teoría del delito. Pág. 313.

130 Evitabilidad. Esto es que el autor haya podido y debido evitar el resultado atendiendo a su previsibilidad y posibilidad de control. *Ibidem*. Pág. 314.



En cuanto a lo primero, como acertadamente lo expresa el representante del Ministerio Público la reducción de pena no es viable, pues si bien es cierto el fugado fue recapturado por miembros de la Unidad Militar con ayuda del suboficial Rojas Torres, ello no significa que esto pueda tenerse como una circunstancia de atenuación punitiva, dado que el aquí condenado no facilitó la fuga del detenido en forma dolosa, tal como lo exige el inciso segundo del artículo 451 del Código Penal, luego no se cumple la exigencia normativa para disminuir la pena de multa como pena principal impuesta<sup>131</sup>. Sumado a que el tipo penal no establece un mínimo o máximo de la sanción pecuniaria, aplicando razonablemente el *a quo*, el mínimo que el mismo código refiere en su artículo 39 cuando dispone: “2. *Unidad multa. La unidad multa será de: 1) Primer grado. Una unidad multa equivale a un (1) salario mínimo legal mensual (...)*”, y es precisamente ese mínimo que se le impuso al condenado.

Ahora, en cuanto a sustituir la pena de pérdida del empleo, conforme al principio de legalidad<sup>132</sup>, de plano no es viable, pues no se trata de una pena accesoria como refiere la apelante, sino en los mismos términos de la multa impuesta a una pena principal<sup>133</sup> las cuales están ligadas, pues efectivamente como también lo refiere el Ministerio Público, se encuentran a manera de conjunción, luego al imponer la pena debe ser como está estipulado en el tipo penal, que no es otra que multa y pérdida del empleo o cargo público. No se trata de una pena accesoria en la que el juez pudiese disponer de ellas discrecionalmente, sino es de carácter obligatoria su aplicación.

En otros términos, se colige del artículo 450 del Código Penal que fue voluntad del legislador contemplar esta sanción como pena principal y no accesoria, por lo tanto su imposición no está supeditada al libre albedrío del operador jurídico, sino es imperativa su aplicación, so pena de atentar contra el principio de legalidad de las penas, contemplado en el artículo 29 de la Norma Superior: “(...) *Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...)*”.

Resulta preciso recordar que el artículo 230 Superior demanda que los funcionarios judiciales en sus decisiones deben ceñirse al imperio de la ley, lo que en el presente caso cumplió a cabalidad la señora Juez Once de Brigada.

Frente a este tema la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal estipuló:

*“(...)De ello deriva que al momento de tasar las penas, necesariamente deben hacerlo dentro de los parámetros señalados por la*

131 Artículo 35 Ley 599 de 2000 conc. Art. 36 Ley 1407 de 2010: **Penas principales.** Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial”.

132 Ahora bien, la denominación de principio de legalidad se justifica por cuanto la intervención punitiva del Estado, al configurar las conductas punibles y determinar y ejecutar sus consecuencias (penas y medida de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley, expresión de la voluntad general, según las directrices de la filosofía liberal que lo animan”. VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Tercera edición. Página 55

133 Cfr. Artículo 35 Código Penal y 37 ley 1407 de 2010.



*normatividad, siendo claro que bajo ninguna circunstancia pueden deducir penas por fuera de los mínimos o máximos legales, dejar de aplicar las consagradas por el legislador o imponer penas prohibidas o no contempladas en la ley. La ley, conviene resaltar, juega un papel trascendental en la regulación y restricción de los derechos constitucionales y legales. Por ello, en virtud de lo dispuesto por el artículo 121 de la Carta Política, las autoridades públicas sólo pueden ejercer las funciones que le atribuyan la Constitución y la ley, norma esta que armoniza a plenitud con lo dispuesto en el artículo 6º ídem en cuanto en él se establece la responsabilidad de los servidores públicos por infracción de la misma o de las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*

*En ese contexto, cuando el superior jerárquico advierte que se impuso una pena inexistente, o una de las prohibidas constitucionalmente, o se dejó de aplicar la legalmente prevista, o se tasó por fuera de los límites previstos en la ley, se encuentra en la obligación constitucional de adecuar el fallo a la normatividad existente; deber que ha de cumplir el juez de segunda instancia y con mayor celo el de casación, por cuanto una de sus finalidades fundamentales es garantizar la legalidad del proceso.*

*(...) El principio de **legalidad** y la seguridad jurídica se tornan, en ese contexto, en elementos fundamentales del Estado de Derecho, en el que las funciones públicas se ejercen a través de competencias y procesos con base en normas preexistentes ajustadas al orden constitucional vigente, marco dentro del cual toda actuación judicial debe adelantarse conforme con las leyes llamadas a regular el caso.*

*Por lo tanto, el principio de **legalidad** se formula sobre la base de que ningún órgano del Estado puede adoptar una decisión que no sea conforme a una disposición por vía general anteriormente dictada, esto es, que una decisión no puede ser jamás adoptada sino dentro de los límites determinados por una ley material anterior. Siendo ello así, constituye un imperativo constitucional la observancia del ordenamiento jurídico por todos los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones”<sup>134</sup>. (Negrillas fuera de texto).*

Por lo tanto al quedar abordados en suficiente forma, jurídica y jurisprudencial los temas propuestos en el recurso de apelación y sobre ellos no resultar viable acoger positivamente alguno y en su lugar acogiendo el concepto del señor representante del Ministerio Público, la Sala de Decisión confirmará en su integridad la sentencia condenatoria allegada para estudio”. **(Rad. 158554 del 20 de febrero de 2017, M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Primera Sala de Decisión).**





## 48. FUNCIONARIO JUDICIAL.

Obligación de pronunciarse sobre las solicitudes elevadas en cualquier etapa del proceso por los sujetos procesales.

“Es bien sabido que a través de los pronunciamientos que emite el juez de conocimiento en primera instancia, es que se materializan las garantías fundamentales de las partes en un proceso penal, en la medida que de esta forma se abre la posibilidad que éstos puedan recurrir ante la segunda instancia a través del uso del recurso ordinario de apelación, siempre con miras al cumplimiento del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política.

Se entiende además, que no solo durante las etapas de investigación, acusación y juzgamiento se está en la obligación por parte de los administradores de justicia de dar cabal cumplimiento al conjunto de prerrogativas constitucionales que integran este postulado universal, en razón a que los aspectos relativos a la ejecución de la sanción también se consideran dentro del alcance de la norma sustancial y no como simples actuaciones judiciales de mera ritualidad o formalidad. (...)

Como viene de verse, los derechos fundamentales de los internos, por encontrarse en una relación de especial protección frente al Estado, tienen que garantizarse en su máxima dimensión y no pueden ser limitados incluso si se considera que las solicitudes hechas por el sujeto se tornan repetitivas e insistentes, por cuanto como bien lo afirma la doctrina constitucional este es el único mecanismo con que cuenta el recluso para hacer valer sus derechos.

Bajo el anterior preámbulo, encuentra la Sala que el problema jurídico que corresponde dilucidar por ahora, no es si el requisito previsto en el inciso 5° del artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario, con la modificación introducida por el artículo 29 de la Ley 504 de 1999, de otorgar el permiso hasta de setenta y dos horas debe ser concedido al aquí condenado por un delito de homicidio agravado, sino el que se entra a dilucidar es el relacionado con la obligación que tenía el Juez Octavo de Instancia de Brigada de pronunciarse de fondo frente a la petición que en este sentido hiciera GHA como quiera que el Juez se abstuvo de pronunciarse al respecto, cuando ésta era la única forma que tenía el interno para obtener la información relacionada con su situación penitenciaria y la posibilidad de que se estudiara nuevamente la concesión de un permiso, que de haberse resuelto en forma adversa a sus intereses le habilitaría el acceso a esta Instancia para que nos pronunciáramos sobre la decisión del Juez Primario. (...)

Como refirió al inicio esta Judicatura en el presente proveído, esta garantía constitucional resulta no solo necesaria sino posible para el condenado en la medida en que el Juez de Ejecución de Penas en forma oportuna y en derecho de respuesta a sus peticiones, siendo el modo en que se legitima la actuación del condenado ante la segunda instancia por vía del recurso de apelación, que en el caso concreto resulta procedente como quiera que ataca una providencia interlocutoria de primera instancia en la que se le estaría negando el estudio de una petición para



el reconocimiento de un derecho sustancial del interno bajo la salida procesal de abstenerse de pronunciarse sobre la solicitud de permiso.

Por tales razones, en esta oportunidad resulta manifiesta la improcedencia de la decisión adoptada por el a quo de abstenerse de resolver dicha petición con el lábil argumento que ese despacho ya había emitido pronunciamiento el 3 de septiembre de 2015, negando una petición que en el mismo sentido hiciera GHA. La Sala ahondará en dos razones fundamentales para sustentar por qué dicha decisión contraría el ordenamiento jurídico:

i) La decisión inhibitoria controvertida quebranta el debido proceso del impugnante porque le niega el acceso a la administración de justicia, al omitir dar una respuesta completa fundada en razones jurídicas y legales del porqué no se puede acceder a su pedimento, circunstancia ésta que se ha vuelto repetitiva en la causa que se ejecuta, pues se advierte que en el fallo de tutela emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Penal del cuatro (4) de diciembre de dos mil trece (2013)<sup>135</sup>, se le concedió el amparo al interno GHA para que el Juzgado Octavo de Brigadas se pronunciara nuevamente sobre la solicitud que en su momento hiciera, respecto del descuento del 10% de su pena ordenando el Juez de Tutela al despacho accionado lo siguiente:

*“Finalmente, habrá de requerirse al Juzgado Octavo Penal Militar de la Cuarta Brigada de Medellín (Antioquia), para que adopte todas aquellas medidas necesarias para que los internos reciban una respuesta completa y oportuna a sus peticiones, estando la autoridad judicial obligada a motivar, en forma razonable, las decisiones frente a la petición que un recluso ha elevado. No basta con que se ofrezca una respuesta a la petición del interno sino que, además, es necesario que se expongan las razones que la autoridad contempló para decidir en el sentido que efectivamente lo hizo, de manera que el recluso pueda conocerlas, y eventualmente, controvertirlas”.*

ii) Abstenerse de resolver una petición de un condenado bajo la óptica que ya existe una interpretación preestablecida del artículo 147 de la Ley 65 de 1993 es retrotraer la razonabilidad del derecho al siglo pasado cuando la jurisprudencia de conceptos negaba la existencia de un dinamismo social en la vida del hombre e imponía conceptos acabados en el derecho, y en donde *“La tarea del juez es puramente cognoscitiva. No debe hacer evaluaciones con base en las consecuencias prácticas de su resolución. Debe inferir mecánicamente de las reglas obtenidas mediante la construcción de conceptos”*<sup>136</sup>.

135 Obra a folios 444-457.

136 Nino, Carlos Santiago, Consideraciones sobre dogmática jurídica, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.



Afortunadamente estos Estados de la historia se encuentran superados gracias al nacimiento de los Estados Constitucionales y con ellos el surgimiento de una Jurisprudencia de valores e intereses en la que el papel del juez se encuentra redireccionado hacia una cultura jurídica de la protección de los derechos del hombre frente al poder estatal, algo que teóricamente se ha definido como garantismo (*un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y sobre todo por parte del poder estatal*<sup>137</sup>).

Bajo este entendido, lo que quiere destacar la Corporación es que quien se ve compelido a un proceso y posteriormente a la imposición de una condena, lo mínimo que puede esperar de un Juez Ejecutivo de su Causa es que asuma un papel de instrumento efectivo de los derechos que le fueron limitados, y esto solo es posible a través de la correcta interpretación y aplicación de las garantías sustanciales y procesales contenidas en la ley, siempre consciente que cada caso en particular es diferente por ello no puede partir el *a quo* de premisas absolutas para negar una petición, más cuando su deber es argumentar jurídicamente sus decisiones<sup>138</sup>.

En este orden de ideas resulta procedente la petición impetrada por el condenado y por tal motivo se revocará el numeral tercero objeto de impugnación para que en el mismo sentido que lo peticionó la representante del Ministerio Público ante esta Instancia, entre el Juez Octavo Penal Militar a realizar un nuevo análisis respecto de la petición elevada por el condenado con miras a obtener el permiso de hasta setenta y dos horas, así como la que se encuentra dirigida a obtener su traslado del Centro Penitenciario y Carcelario “La Picota” hacia un Centro de Reclusión Militar, del cual guardó absoluto silencio”. **(Rad. 157953 del 24 de noviembre de 2017, M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Primera Sala de Decisión).**



### 49. HOMICIDIO CULPOSO EN COMISIÓN POR OMISION.

Posición de garante para miembros de la Fuerza Pública. Presupuestos.

“Una mirada a la legislación punitiva castrense, nos muestra que esta figura jurídica, que en principio ha sido consagrada de manera incipiente en el decreto 2550 de 1988 (antiguo código penal militar), artículo 18, prescribía que nadie podía ser condenado por un hecho punible si el resultado no era consecuencia de su acción u omisión, amén de ello que, *“Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo pudiendo hacerlo, equivale a producirlo”*<sup>139</sup>, figura que desarrolla la

137 Gascón Abellán, Marina y Alfonso García Figueroa; Capítulos 2 y 3 “Interpretación y Argumentación Jurídica”. 1a. ed. -- San Salvador, El Salvador. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003.

138 Explica M. Atienza en este sentido, que lo que se pretende evitar con la racionalidad argumentativa, son los juicios de valor subjetivos y arbitrarios por parte del Juez. La referencia a las normas materiales y procesales aplicables al caso, la obligada consideración de los precedentes, así como las pautas orientadoras de la Dogmática jurídica institucionalmente cultivada, constituyen el horizonte en el que se proyecta la racionalidad práctica en el derecho. *TEORIA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp32 y ss.

139 Código Penal Militar - Decreto 2550 de 1988, “Artículo 18.- Nadie podrá ser condenado por un hecho punible si el resultado del



ley 522 de 1999 (anterior Código Penal Militar), en el artículo 23, en términos muy similares, disposición vigente para la data en que se presentaron los hechos (15 de junio de 2008).

Evidentemente las anteriores disposiciones, si bien consagraban la figura jurídica de la posición de garante, aunque no determinaban de manera expresa las situaciones que configuran la posición de garantía, si establecía la omisión del deber jurídico de impedir el resultado, como condición para imputar la comisión del delito en los casos en que el resultado necesariamente debía ser producido mediante una conducta activa, pero se había producido como consecuencia de una omisión de un deber jurídico.

Hoy la ley 1407 de 2010<sup>140</sup>, desarrolla de manera concreta tanto la posición de garante, como la conducta de comisión por omisión acorde a la moderna teoría del delito, así, determina de manera precisa que el miembro de la Fuerza Pública que tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica, cuente con los recursos y medios disponibles, pero no actúe estando en posibilidad de hacerlo dentro de su ámbito propio de dominio, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal, pero para ello, se requiere que tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos, solamente en relación con las conductas punibles que atenten contra la vida e integridad personal y la libertad individual.

A su turno, la ley 599 de 2.000 (Código penal), artículo 25, describe la citada figura jurídica de manera más amplia, con mayor riqueza descriptiva, en cuanto además de determinar de manera precisa la posición de garantía y la omisión requerida para que se estructure la conducta de comisión por omisión, en idénticos términos a la anterior sistemática, de manera precisa determina las fuentes que constituyen posición de garantía (...)

Ahora bien, en el caso bajo estudio nos interesan los deberes previstos para los funcionarios públicos y en especial para los miembros de la fuerza pública, en cuanto la posición de garante surge de la competencia institucional, como obligaciones normativas específicas.

En ese contexto, debemos señalar que la génesis de ese deber jurídico emerge, no solo del contenido del artículo 1 superior, sino que específicamente del artículo 2 de la misma norma, que prevé que las autoridades de la República están institui-

---

cual desprende la existencia de este no es consecuencia de su acción u omisión.  
Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo pudiendo hacerlo, equivale a producirlo”

140 Ley 1407 de 2010: “Artículo 27. Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción u omisión.

El miembro de la Fuerza Pública que tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica, cuente con los recursos y medios disponibles y no actúe estando en posibilidad de hacerlo dentro de su ámbito propio de dominio, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal, si no concurriere causal de exclusión de responsabilidad. A tal efecto se requiere que tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos.

Parágrafo. La posición de garante solo se tendrá en cuenta en relación con las conductas punibles que atenten contra la vida e integridad personal y la libertad individual.”



das para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sin alguna discriminación alguna, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Siendo el arto 6 del texto superior, el que determina que los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de donde surgen entonces, unos deberes positivos frente a la amenaza o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la ley.

Amén de las anteriores disposiciones que impone obligaciones a los servidores públicos en general, en tratándose de miembros de la fuerza pública, de manera específica, los deberes jurídicos emergen de las finalidades determinadas para la fuerzas militares en el artículo 217 superior (defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional), y para la Policía Nacional, a las voces del artículo 218 opcit, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes en Colombia, convivan en paz. (CSJ – SCP – Radicado 35113 - 5 junio 2014)<sup>141</sup>.

En tratándose de los miembros de la Policía Nacional, como ocurre en el caso bajo estudio, los deberes jurídicos previstos en la Constitución Política de manera general, se encuentran desarrollados de manera específica, no solo en el código nacional de policía, como norma rectora, sino en las diferentes disposiciones que regulan la actividad policial, como la ley 62 de 1993, el reglamento de vigilancias urbana y rural para la Policía Nacional (resolución 9960 de 1992), vigente para la data de los hechos, el código de procedimiento penal en ciertos casos, lo expresado por las Cortes en varias sentencias, las resoluciones y demás instructivos internos, etc.

Ahora bien, el cumplimiento de esos deberes jurídicos de orden constitucional y los implementados por la ley y los reglamentos, debe ser congruente con derechos y garantías fundamentales determinados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, atendiendo el bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 93 superior.

Como se dijo, la asunción de la posición de garante para los miembros de la fuerza pública, deviene de los deberes del Estado frente a los ciudadanos, esto es, como integrantes de una institución del Estado, ello obliga a que, para la imputación del resultado, además de acreditar que el sujeto asumió la protección real y efectiva del bien jurídico o la vigilancia de la fuente de riesgo, se debe establecer previamente la competencia del sujeto, esto es, los deberes de seguridad en el tráfico o de protec-

141 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. - Radicado 35113 – Sentencia 5 de junio 2014.- MP: DR. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER: “Y ya tratándose de miembros de la fuerza pública, se ha dicho que proviene de las finalidades de las fuerzas militares, de defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional (artículo 217 de la Constitución), o de la Policía Nacional del mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes en Colombia, convivan en paz (artículo 218 ejusdem).”



ción frente a determinados bienes jurídicos, con el fin establecer si el resultado era previsible, cognoscible y evitable.

Para ello se deben acreditar los siguientes presupuestos: a) la situación de peligro para el bien jurídico; b) la omisión de la conducta debida, esto es el no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado; c) la posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en condiciones de evitar el resultado o aminorar el riesgo, para lo cual debe tener: 1) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, 2) tener los medios necesarios para evitar el resultado, 3) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado; y por último, d) la producción del resultado (CSJ – SCP – Radicado 35113 5 junio 2014)<sup>142</sup>.

Finalmente, se debe recordar que de manera general, para realizar la imputación de comportamientos o de resultados, en los tipos penales imprudentes que exigen relación causal, como el caso bajo estudio, se requieren tres presupuestos normativos: a) la determinación de la posición de garante; b) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; y, c) la concreción del riesgo en el resultado o relación con el resultado; debiéndose precisar que los anteriores criterios, se surten entre otros del principio de confianza, de las acciones a propio riesgo, de la prohibición de regreso y el instituto del riesgo permitido”. (Rad. 158339 del 29 de septiembre de 2017, M.P. MY(R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Cuarta Sala de Decisión).



## 50. IMPEDIMENTO.

Causal. Haber proferido el Juez de instancia la resolución de acusación.

“Ahora bien, compaginando lo dicho líneas atrás en relación con la causal impositiva invocada por el señor Magistrado Teniente Coronel WFG, con lo acotado de agraz en el presente acápite, habrá de concluirse que aquella se corresponde con la enlistada en el numeral 7° del artículo 277 de la Ley 522 de 1999, canon que establece como circunstancia de impedimento o recusación el:

*“Haber dictado la providencia de cuya revisión se trata, o haber intervenido como integrante de corte marcial dentro de un mismo proceso o ser el juez, fiscal o magistrado pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afini-*

142 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. - Radicado 35113 – Sentencia 5 de junio 2014.- MP: DR. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER: “Ello impone determinar previamente la competencia del sujeto, esto es, si le correspondía realizar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos en relación con ciertos riesgos, para de esa forma evidenciar si el resultado era evitable y cognoscible, siempre que concurren estos elementos.

1. Situación de peligro para el bien jurídico.

2. No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado.

3. Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado.

4. Producción del resultado.”



*dad o primero civil del inferior que dictó la providencia que se va a revisar, o haber proferido la resolución acusatoria.” (Subrayado y negrillas fuera de texto). (...)*

Ahora bien, atendiendo el tenor de la precitada causal, se habrá de acotar que del devenir procesal es dable extractar que una vez perfeccionada la investigación el plenario fue remitido el 18 de septiembre de 20135 a la Fiscalía 122 ante Comandos Aéreos cuyo titular, el entonces Mayor WFG, declaró cerrada la investigación por auto adiado 09 de octubre del mismo año.

Funcionario que mediante resolución del 13 de enero de 20147 calificó el mérito del sumario acusando al T2. LHEF por los presuntos delitos de Peculado por Apropiación en concurso heterogéneo y sucesivo con Falsedad Ideológica en Documento Público, Supresión y Ocultamiento de Documento Público.

De lo anterior se desprende que efectivamente la actuación del señor Teniente Coronel WFG dentro de la presente causa fue sustancial y trascendente pues proferió la resolución de acusación en contra del procesado, acto jurídico sustancial propio de la etapa intermedia del proceso penal militar en el cual vertió su posición frente a los hechos investigados, fijando con absoluta claridad lo que en su docto entender era la imputación fáctica y jurídica por la cual el acusado sería llamado a juicio a fin de enfrentar el compromiso penal en audiencia de Corte Marcial.

Bajo un entendido tal, palmar resulta que la imparcialidad de su criterio para adoptar decisiones propias a esta instancia se vería afectada, con mayor razón que la sentencia objeto de alzada debió guardar consonancia con los referentes formales, materiales y sustanciales esbozados en el acto acusatorio, en tanto en ello se cimienta el denominado principio de congruencia, configurándose, en consecuencia, la causal impediende prevista en el numeral 7º del artículo 277 de la Ley 522 de 1999, circunstancia que determina que se acepte su pretensión de separarse del conocimiento de la presente causa penal adelantada en contra del Técnico Segundo LHEF por los presuntos punibles de Peculado por Apropiación y Falsedad Ideológica en Documento Público, Supresión y Ocultamiento de Documento Público, ello en aras de mantener la incolumidad de los principios Constitucionales de imparcialidad y del debido proceso”. **(Rad. 157219 del 17 de noviembre de 2017, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



## 51. IMPEDIMENTO.

No toda intervención relacionada con el objeto del proceso lo configura.

“Recapitulando, la solicitud por la cual un funcionario judicial se declara impedido, como igualmente ha decantado con suficiencia la Corte Suprema de Justicia<sup>143</sup>, debe (i) expresar en forma clara y concreta la causal o causales que se invoca para separarse del conocimiento de un asunto so pena de comprometerse, según

143 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto septiembre 30 de 2009, radicado 32591, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANES.



el caso, la independencia y/o la imparcialidad de la administración de justicia, quebrantándose, de paso, el derecho fundamental de los coasociados a obtener un fallo proferido por un tribunal imparcial<sup>144</sup>; (ii) corresponderse de manera unívoca con la causal o causales diseñadas de manera taxativa y *ex profeso* por el legislador; y (iii) brindar los elementos probatorios y/o los argumentos que sustentan una pretensión tal, mismos que deberán orientarse a precisar el alcance y el contenido del supuesto de hecho que se invoca y de su potencialidad para alterar su capacidad objetiva y subjetiva para decidir<sup>145</sup>, sólo así aquella aspiración puede estimarse como razonada, ponderada y fundada en hechos comprobables, compadeciéndose con la seriedad del instituto procesal objeto de análisis.

Incuestionable resulta, así, que no es cualquier participación en el trámite procesal la que avala, o hace recomendable, la separación del funcionario del conocimiento del proceso<sup>146</sup>, sino aquella en que el grado de intervención del funcionario judicial y el contacto con los medios de juicio, hacen ostensible la afectación del principio de imparcialidad, razón por la cual en cada caso concreto debe hacerse una evaluación específica de los hechos y de la particular participación de dicho funcionario, para establecer si efectivamente hubo, o no, concepto o análisis previo que comprometa la independencia o imparcialidad del mismo, compromiso que se torna latente, en principio, cuando en cualquiera de las etapas procesales el funcionario, impedido o recusado, ha llevado a cabo una apreciación de los elementos suasorios recaudados, asignándoles fuerza demostrativa y persuasiva sobre el *thema* central en torno al cual gira la acción penal inmersa en el trámite a su cargo, y a partir de ello ha adoptado una concreta y específica postura acerca de la proyección de la acción penal, de la materialidad del hecho génesis de la causa criminal, de las categorías dogmáticas del injusto penal, del grado de participación en el mismo del procesado o del compromiso penal que para este se deriva de ello.

Y se dice que en principio, en tanto no empece lo dicho con inmediata anterioridad, no es plausible asumir de manera apodíctica, sin referente individual a un tipo de actuación precisa y a un compromiso concreto con la imparcialidad, que toda intervención que se relacione con el objeto del proceso conlleve la perentoria aceptación del impedimento, esto en la medida que puede acontecer una cualquiera de las circunstancias que se traerán a colación acto seguido, ello, se aclara, a título de ilustración, no a guisa de listado taxativo.

En este orden de ideas, al interior de una causa penal puede acaecer, en relación con el tópico en ciernes, que: *i)* para el momento de la intervención del funcionario, éste no tuviere la información relevante que le permitiera -con afinamiento en los medios probatorios recaudados- adoptar una postura ideológica con respecto al compromiso penal que en relación con el delito objeto de escrutinio judicial asiste al

144 Auto de 19 de octubre de 2006, Radicado N° 26.246.

145 Esta alteración, por tratarse de un estado interno de ánimo que otro funcionario habrá de valorar, sólo puede ser conocido a través de lo expresado por el sujeto que lo vivencia. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos de mayo 17 de 1999 septiembre 1º de 1994, citados en auto de febrero 16 de 2011, radicado No. 35394, M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

146 La Corte Suprema de Justicia ha sido clara en señalar que esta causal no se aplica por ejemplo en los jueces de ejecución que previamente participaron en el procedimiento en calidad de falladores de conocimiento. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 28 de noviembre de 2007, rad. 28580; Auto del 17 de febrero de 2010, rad. 33525; Auto del 27 de noviembre de 2013, rad. 42765 y Auto del 28 de agosto de 2014, rad. 44472.



procesado, *v.gr.* cuando en dicho momento la prueba era indicativa de la concurrencia de una causal de ausencia de responsabilidad, pero ello es infirmado posteriormente mediante la aducción de otras pruebas; *ii)* cuando lo debatido previamente no fue respecto de la responsabilidad penal del procesado, sino sobre aspectos que tocan tangencialmente con esta, *v.gr.* si la dosificación punitiva realizada en sede de primera instancia estaba o no ajustada al principio de legalidad de las penas; y *iii)* que la prueba aportada con posterioridad a aquella participación, misma en la que el funcionario fijare su particular postura en punto al antes citado compromiso penal, apareje la necesaria y sustancial modificación de esta". **(Rad. 158974 del 07 de septiembre de 2018, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



## 52. IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Delitos culposos.

"es oportuno reiterar lo dicho en anterior pronunciamiento por quien hoy funge como ponente, respecto al esquema del delito culposo que trae el artículo 25 del Código Penal Militar de 2010<sup>147</sup>, que se corresponde con el concepto de culpa establecido en el artículo 23 de la Ley 599 de 2000, dejando atrás el esquema causalista que orientaba al Código Penal Militar de 1999 o Ley 522 de 1999<sup>148</sup>. Es así como el actual Código Penal Militar señala que la conducta es culposa, cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto confió en poder evitarlo.

De esta forma, la norma penal militar sustantiva introdujo una nueva concepción del delito culposo o imprudente de cara al derecho penal moderno, que cataloga la culpa, no como una forma de culpabilidad, sino como una modalidad de la conducta punible<sup>149</sup>. La culpa se constituye, entonces, en parte estructural del tipo penal respectivo, lo que significa, que será atribuible en la modalidad culposa un resultado dañino concreto, que a pesar de no ser querido por el miembro de la Fuerza Pública, en contraposición al dolo, sea producto o consecuencia de la inobservancia al deber objetivo de cuidado, es decir, cuando con su comportamiento el uniformado ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y ese peligro se concreta en la producción del resultado (Teoría de la imputación objetiva)<sup>150</sup>.

La teoría del delito que orienta dogmáticamente el Código Penal Militar del año 2010, no se circunscribe a la simple inexistencia de voluntad dirigida a un fin típico o de una acción encaminada a la realización de un resultado "extratípico" y a

147 Tribunal Superior Militar, Sentencia 20 de octubre de 2015, Rad. 158256, MP. TC. Wilson Figueroa Gómez.

148 El artículo 42 de la Ley 522 de 1999, establecía que: "la conducta es culposa cuando el agente ejecuta el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto confió en poder evitarlo".

149 Los artículos 21 de la Ley 599 de 2000 y 23 de la Ley 1407 de 2010, tienen idéntica redacción, determinando frente a las modalidades de la conducta punible, lo siguiente: "La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados en la ley."

150 Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, Sentencia 20 de mayo de 2003, Rad. 16636, MP. ALVARO ORLANDO PEREZ PINZÓN.



la presencia de un nexo causal entre la acción y el resultado dañoso no producido en forma dolosa para explicar el delito imprudente, superando aquellas tendencias ontológicas que enlazaban acción y resultado con exclusivo apoyo en las teorías de la causalidad<sup>151</sup>. Por el contrario, privilegia el análisis frente al desvalor de la acción de la conducta desarrollada por el sujeto activo en inobservancia del deber objetivo de cuidado que le correspondía, siempre y cuando, el resultado típico se encuentre ligado por un nexo de causalidad o de determinación con la acción, es decir, el desvalor del resultado, que estuvo en condiciones de conocer y prever el sujeto activo<sup>152</sup>.

Por lo tanto, como en el delito imprudente la reprochabilidad penal por culpa se ubica en la tipicidad, más concretamente en la acción, se deberá interactuar el concepto de riesgo permitido, con la invariable constatación de los elementos subjetivos que lo acompañan, como son conocer el riesgo y cuidado debido, adicionando el desvalor de resultado o el daño propiamente ocasionado. (...)

Bajo esta óptica, el ejercicio a realizar implica inicialmente: i) determinar la posición de garante del agente respecto al bien jurídico protegido; ii) establecer si el comportamiento desarrollado por el procesado creó un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido, concretándose en un resultado lesivo o dañoso que resulta atribuible jurídicamente y, iii) que el resultado dañoso sea el que precisamente se buscaba evitar con la norma de cuidado infringida.

En cuanto al primer presupuesto, esto es, la posición de garante tenemos que ésta surge de competencias por organización o institucionales; las primeras, manan del derecho que tiene cada persona de organizar libremente diferentes aspectos de su vida, ámbito de organización que no puede perjudicar los intereses ajenos, en tanto puede tornarse punible. Por su parte, las competencias institucionales corresponden a roles establecidos por ciertas estructuras en donde existe un deber institucional de protección de ciertos bienes jurídicos que surgen como consecuencia directa de pertenecer a esa institución y además cada uno de sus miembros tiene control sobre determinadas fuentes de riesgo<sup>153</sup>.

En este sentido, claro ejemplo de la posición de garantía por competencia institucional corresponde a la Fuerza Pública. La actividad militar y policial demanda que los individuos que desarrollan funciones de seguridad se desenvuelvan en un ambiente dentro del cual están expuestos de manera permanente e inevitable a fuentes de riesgo, bien por el uso y cercanía de armas de fuego, explosivos, mecanismos de defensa, artefactos bélicos, pero, además, por el entrenamiento, funciones y misiones que les demanda precisamente dicho ámbito de relación.

Por su parte, en las competencias por organización las personas en desarrollo de la libertad pueden generar ciertos riesgos, que sólo serán relevantes penalmen-

151 Como corresponde a la teoría de la equivalencia, *conditio sine qua non*, causalidad adecuada, relevancia típica.

152 Cfr. Sentencia de casación de 22 de mayo de 2008, radicación N° 27357.

153 Villanueva Garrido, Gustavo Adolfo. *La Imputación Objetiva en la Doctrina y Jurisprudencia Nacional*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2010. Pag.49 a 52.



te cuando se incremente por fuera de lo permitido o se trate de un riesgo prohibido por la norma objetiva de cuidado. En ese orden, el deber de aseguramiento que se desprende de la competencia por organización, determina que cuando se tiene control sobre una fuente de riesgo se tiene que emprender acciones de cuidado para imposibilitar que el peligro creado no exceda el riesgo permitido”. (Rad. 158706 del 25 de septiembre de 2018, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión).



## 53. IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Delitos culposos. Uso de armas de fuego.

“En relación con el delito culposo, se ha venido considerando por parte de este Colegiado –en armonía con la jurisprudencia de las altas cortes- que el tipo objetivo de dicha modalidad de conducta encuentra explicación en la teoría de la imputación objetiva, cuya pretensión no es otra que determinar en qué circunstancias una conducta resulta atribuible o imputable objetivamente a determinada persona, en tanto ésta: **(i)** haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, partiendo de considerar la existencia de una serie de actividades cotidianas que aunque generan riesgos jurídicamente relevantes deben ser permitidas, siempre y cuando se respeten las reglas de cuidado previstas en la ley o el reglamento, a efectos de garantizar la convivencia social, verbi gratia, el tráfico automovilístico, aéreo, marítimo, las actividades deportivas, las intervenciones médicas, entre otras<sup>86</sup>, y, **(ii)** dicho riesgo se haya realizado en el resultado penalmente relevante; ello en tanto no se estructuren criterios normativos que en determinados eventos excluyen la imputación al tipo objetivo, entre ellos, **(i)** el riesgo permitido, **(ii)** el principio de confianza<sup>87</sup>, **(iii)** la prohibición de regreso<sup>88</sup> y, **(iv)** las acciones de propio peligro<sup>89</sup>.

**8.10.4** Como arriba se indicó, existen conductas riesgosas permitidas por el ordenamiento jurídico para garantizar el normal funcionamiento de la sociedad, y a la par de éstas la teoría de la imputación objetiva ha venido estableciendo otras acciones que no son imputables al tipo objetivo. (...)

**8.11** Retomando el caso materia de investigación, para la Sala es claro que el Patrullero EMR creó un riesgo jurídicamente desaprobado, al haber disparado con el arma de fuego de dotación en una situación de desorden ciudadano.

**8.11.1** A partir de la propia Constitución Política Colombiana, el personal de la Policía Nacional debe intervenir para garantizar y proteger los derechos individuales y colectivos, de modo que la actividad de Policía tan solo puede limitar a quien abuse del derecho más no a quien lo ejerce, debiendo aplicar las medidas correctivas establecidas en la normatividad vigente, con estricto ceñimiento a criterios de necesidad, grado de perturbación de la convivencia, proporcionalidad y corrección del comportamiento, reiteración de la conducta contravencional, reparación del daño causado y afectación de derechos fundamentales; todo ello con el objeto de lograr fines específicos del servicio tales como: **(i)** Mantener las condiciones nece-



sarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, **(ii)** mantener la convivencia pacífica, **(iii)** preservar y restablecer el orden público cuando es turbado; **(iv)** prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas, **(v)** ejercer, de manera permanente, las funciones de investigación criminal, respecto de los delitos y contravenciones y; **(vi)** facilitar la resolución de conflictos mediante el diálogo, la mediación y la conciliación.

**8.11.2** Ahora bien, cuando el personal de la institución actúa contrario a tales principios, bien por acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, no solo deja de lado el logro de los fines y objetivos anteriormente anunciados, sino que debe responder penal y disciplinariamente.

En punto del uso de la fuerza y las armas de fuego, desde el Código de Policía de 1970 ha sido premisa institucional que solo podrán usarse cuando sea estrictamente necesario, escogiendo entre los medios eficaces aquel que cause menor daño a la integridad de las personas y sus bienes. Así también, en el octavo congreso de las Naciones Unidas de 1990, que trata sobre los principios básicos del empleo de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se establece en sus disposiciones generales que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y las armas de fuego, siempre con moderación y proporción a la gravedad del delito. Así también, en sus normas especiales recalca la prohibición de emplear armas de fuego a no ser que se éste ante un peligro inminente de muerte o lesiones graves, y siempre que no provoquen lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado.

**8.11.3** Bajo este compendio normativo, es claro que el uso de las armas de fuego se encuentra regulado para casos específicos donde prime la necesidad, la proporcionalidad, la temporalidad y la racionalidad, sin embargo, ese riesgo permitido fue sobrepasado por el ahora acusado al disparar su arma de fuego sin haber previsto las consecuencias de su actuación.

**8.11.4** Es claro para la Sala que el Patrullero EMR tenía una posición de garante respecto de la ciudadanía donde se realizaba el procedimiento policial. Se trata de un garante por institución en la medida que desde el 10 de noviembre de 2010 ostentaba el grado de Patrullero de la Policía Nacional<sup>100</sup>, situación que lo hacía protector de bienes jurídicos como la vida y la integridad personal frente a cualquier peligro que los amanece, máxime que el día de los hechos actuaba en tal calidad policial.

**8.11.5** A este uniformado se le había dotado de un arma de fuego tipo pistola<sup>101</sup> para ser usado como elemento principal para el servicio, y por tanto era su deber controlar debidamente esa fuente de riesgo –deberes de aseguramiento– conforme a las normas ya referenciadas, actividad que dejó de lado al usarla en la asonada de que era víctima, pretendiendo neutralizar de una manera no debida a quien momentos antes le había propinado un golpe, que valga decir no fue tan contundente en tanto medicina legal no determinó ningún tipo de incapacidad<sup>102</sup>.



**8.11.6** La sociedad colombiana y el Estado Social y Democrático de derecho creado desde la carta política, ha establecido que las autoridades –dentro de las que se encuentra la Policía Nacional- deben cumplir con las expectativas que surgen de su rol, a saber, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes asegurando la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo<sup>103</sup>, principio de confianza que defraudo el Patrullero EMR al haber lesionado mortalmente a una niña que no paso de ser una espectadora del conflicto entre la ciudadanía y la policía.

**8.12** La segunda fase de la imputación, la concreción del riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado, está claramente demostrado en el presente asunto. En primer lugar, las pruebas analizadas a lo largo de esta providencia evidencian que el 12 de diciembre de 2010, aproximadamente a las 07:48 horas, un disparo del arma de dotación del Patrullero EMR impacto en la cabeza de la menor YADG, ocasionándole laceraciones cerebrales y hematoma que la llevaron a efectuarle una cirugía de cráneo dejándole como secuela la cuadriplejía, la ceguera y una lesión respiratoria, esto es, quedó en un estado vegetativo prolongado que terminó con una hipoxia anoxia y con ello su muerte<sup>104</sup> el 28 de julio de 2011<sup>105</sup>. Así entonces podemos afirmar que existe una relación de causalidad en sentido naturalístico.

**8.12.1** En segundo lugar, tal y como se ha venido apuntalando, el acusado creo un riesgo típicamente relevante al haber disparado un arma de fuego en una confrontación ciudadana, sin que se diera ninguna de las causas ni respetando los principios que normativamente se han establecido para ello; dejó de lado cualquier consideración de precaución y tan solo hizo uso de su arma de fuego sin prever la cantidad de personas que en el sitio se encontraban, bien como autores de la refriega, como también en calidad de curiosos, tal como ocurrió con la niña.

**8.12.2** Se tiene entonces que están dados los prepuestos para establecer la tipicidad de la acción desde sus ámbitos objetivos y subjetivos, al igual que la lesividad ocasionada con el resultado en directa relación con lo que es materia de protección por parte del legislador –la vida-, cuando se analizó desde la teoría de la imputación objetiva la creación de un riesgo no permitido –valoración ex ante-, y la realización de ese peligro en el resultado –valoración ex post-.

**8.13** Ahora bien, como el legislador para la solución de los casos no se limitó a la aplicación de un esquema del delito, es pertinente abordar el estudio del principio de lesividad en la presente actuación desde el artículo 17 de la Ley 1407 de 2010.

**8.13.1** En punto del principio de lesividad de la conducta punible, habrá de recordarse que es un criterio de limitación del poder punitivo del Estado de Derecho, bajo el entendido de tolerar cualquier comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas -individual o colectivamente- respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger”. (**Rad. 158486 del 31 de octubre de 2017, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión**).



## 54. IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Elementos que la conforman.

“La teoría de la imputación objetiva explica el nexo causal como elemento del tipo penal, dentro de la teoría del delito del funcionalismo, imputación objetiva que dentro de su estructura de manera general, contiene dos grandes elementos, uno naturalístico y otro normativo, este último, compuesto por tres variables, i) posición de garante, ii) creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y iii) relación de riesgo.

La Sala habrá de abordar los criterios doctrinarios sobre la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, bajo el entendido entonces que dentro de la imputación objetiva en cuanto a sus elementos normativos, una vez determinado si el sujeto tiene la posición de garante, se debe entrar a determinar el segundo elemento de la imputación, es decir, establecer si ese garante ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, entendiendo que este último se nutre en su delineación, por los criterios del riesgo permitido, el principio de confianza (CSJ.SP.Rad.9973. sept.1995)<sup>154</sup>, la prohibición de regreso (CSJ.SP.Rad.38326. oct.2006), y las acciones a propio riesgo (CSJ.SP.Rad.28124. may.2008).

En punto a la determinación del riesgo permitido, se ha señalado que sus fuentes son i) las normas jurídicas, ii) las normas técnicas y *lex artis*, iii) la figura del modelo diferenciado iv) el deber de advertir el peligro para el bien y finalmente v) el consentimiento informado de la propia víctima. De manera que en el caso sub júdice, la fuente para la determinación de la permisión de un riesgo, está dada en la norma que regula la administración de los armerillos y allí resulta connatural que la función del almacenista del armerillo es entregar las armas a los usuarios bajo unos procedimientos de rutina, por tanto el riesgo que surja con aquellas armas frente a su custodia, resulta un riesgo permitido.

En el caso sub júdice, se habla de una norma adicional para el préstamo de armamento por parte del armerillo a aquellos policiales que están de apoyo en la Estación de Policía San José, fuente jurídica o técnica de la que como se habló en precedencia no está probada documentalmente su existencia, como tampoco se estableció que la orden le haya sido impartida verbalmente al aquí procesado; en ese orden de ideas, no es viable señalar que la entrega de la pistola por parte del armerillo AG. MCHÉ al señor PT. JCPN, constituyera una conducta que incrementara o desbordara el riesgo permitido, desde su fuente como es la norma técnica.

En ese orden de ideas, la conducta del AG. MCHÉ, no resulta relevante para el tipo penal, por cuanto ella estuvo dentro del marco autorizado por el riesgo permi-

154 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (4 de septiembre de 1995). Rad. 9973 [M.P. Edgar Saavedra] La jurisprudencia de la Corte ha desarrollado que el principio de confianza es junto al riesgo permitido, acciones a propio riesgo y prohibición de regreso, uno de los criterios de exclusión de un riesgo jurídicamente desaprobado, en ese sentido ver también, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (abril de 2006) Rad. 22941, (11 de mayo de 2005) Rad. 22511, (julio de 2006) Rad. 25536.



tido, ante la ausencia de la fuente normativa “orden de autorización Comandante de Estación”, no se puede calificar la conducta del procesado como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado.

En suma, al no estructurarse la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, no es viable afirmar la estructuración objetiva del nexo causal y a falta de este, la imposibilidad de señalar la tipicidad objetiva del peculado culposo”. **(Rad. 158573 del 10 de julio de 2017, M.P. CR (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Tercera Sala de Decisión).**



### **55. INCREMENTO PUNITIVO LEY 890 DE 2004.**

Por regla general es inaplicable en el esquema procesal regulado por la Ley 522 de 1999.

“Esta Corporación, en aras de salvaguardar las garantías fundamentales del condenado y mantener incólume el principio de legalidad de la pena, corrija oficiosamente el error en el que incurrió el Juez de Primera Instancia al efectuar la tasación de la pena imponible, ello en razón a que aquel aplicó el incremento punitivo establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, trasgrediendo el aludido axioma, ello en tanto que la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior Militar han decantado de manera pacífica y reiterada que dicho incremento de penas se encuentra inescindiblemente ligado al instituto de justicia premial propio de un sistema penal acusatorio, por lo que ese aumento sustancial del quantum punitivo se justifica únicamente en razón a las generosas rebajas propias de dicho sistema, en el que se prevé instituciones como las negociaciones, preacuerdos y allanamientos a cargos, resultando lo normado en el arto 14 de la Ley 890 de 2004 inaplicable al evento sub exámine so pena de transgredir el prenombrado principio rector”. **(Rad. 158520 del 27 de abril de 2017, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



### **56. INDAGATORIA.**

En la jurisdicción castrense solamente se exige la imputación fáctica.

“La defensa considera que se vulneró el debido proceso al haberse mezclado o cambiado el trámite procesal ordinario por el trámite del procedimiento especial, sin que en la apelación se puntualice cual fue el estadio procesal en que ello ocurrió. Sin embargo, conveniente resulta aclarar que la dinámica procesal, permite la adecuación al trámite procesal que conforme a derecho corresponda.

No se comparte la premisa defensiva que el procedimiento especial está sometido a la aceptación de cargos dentro de la diligencia de indagatoria, por la simplicidad que la ley penal militar (Ley 522,1999 art.578 inc.1) de manera expresa señala



que el procedimiento especial se adelanta, entre otros delitos, cuando se trate del abandono del servicio.

A pesar de lo anterior, la defensa parte también de un presupuesto errado al afirmar que en el acto de vinculación no se le realizó la imputación fáctica y jurídica al ST. RSA, propuesta que rechaza esta Sala de Decisión, desde dos perspectivas, la primera, porque la ley penal militar (Ley 522,1999 art.497) en el acto de vinculación solo requiere la imputación fáctica mas no la imputación jurídica, sin que de ello se pueda pregonar nulidad por afectación a la garantía del derecho de contradicción (CSJ.SP. Rad.17619 oct.2003).

Sin embargo, y pese a que no es requisito esencial formular la imputación jurídica en la diligencia de indagatoria, obsérvese como el Juez 33 de Instrucción Penal Militar formuló su interrogatorio desde la imputación jurídica” **(Rad. 158634 del 29 de agosto de 2017, M.P. CR (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Tercera Sala de Decisión).**



## 57. INDEMNIZACIÓN.

Imposibilidad de condenar en el proceso penal el pago de los perjuicios morales en abstracto. Inviabilidad de pedirla simultáneamente en el proceso penal y en la jurisdicción contencioso administrativa.

“Otro aspecto sobre el que se mostró inconforme el memorialista, fue respecto a la tasación de perjuicio morales solicitados por el abogado de las víctimas, porque expuso primeramente que los perjuicios materiales y morales se tasarían ante la jurisdicción contencioso administrativa por lo que no haría dicha liquidación y dejaría abierta la vía para tal fin, pero que en el curso de la Corte Marcial pidió 100 salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los padres por daño moral en materia civil, y que en la sentencia se accedió a ello y que el fallador fue más allá del petitum puesto que solo se pidió para los padres, pero la hizo extensiva para su tres hermanos fijándola en 50 salarios.

Sobre ese particular observa la Sala, que efectivamente el abogado apoderado de la parte civil, en su correspondiente demanda, si bien solicitó que en la sentencia que finiquitara el proceso se declarara civilmente responsable a CHKA, también señaló que se reservaba el derecho de demandar ante la justicia contencioso administrativa por lo que no se probarían en el proceso la cuantificación de los perjuicios, siendo la justicia y la verdad lo que buscaban en esta investigación<sup>155</sup>, pero también se evidencia que en el acta de su intervención durante el debate oral, por parte del apoderado en precedencia se solicitó la condena en materia civil a la cuantía de cien salarios mínimos para cada uno de los padres del occiso a lo cual en la sentencia sin ningún reparo accede el funcionario A-quo.



Y se menciona que sin reproche alguno, porque en primer lugar, si dentro de la demanda de parte civil presentada con fecha 21 de marzo de 2012, por parte del apoderado se había dicho de manera expresa que se reservaba el derecho para demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa para obtener el resarcimiento por los perjuicios irrogados, y por ello no los probaba, no podía válidamente pretenderse por el Fallador, declarar unos perjuicios morales, cuando debido a los términos de caducidad de la acción de reparación directa de dos años, luego de cuatro años ya debía estar en curso o hasta fallada la demanda persiguiendo la acción indemnizatoria que anunció entablaría el representante de la parte civil, pudiéndose como válidamente lo afirma el recurrente, presentarse un doble pago.

En segundo lugar, y si asumiéramos que no se acudió a la jurisdicción contenciosa administrativa, cómo puede pretender el apoderado la condena de perjuicios morales y cómo puede el Fallador acceder a tal petición, cuando los mismos por ningún lado se encuentran probados, con lo que se estaría quebrantando el derecho fundamental del debido proceso, pues en palabras de la Corte Constitucional<sup>156</sup>:

“los perjuicios morales son daños que pueden ser reconocidos por el juez administrativo y cuyo pago puede ser ordenado siempre que los mismos se encuentren debidamente probados. No basta con demostrar algún tipo de dolor o afectación, es preciso probar que la afectación fue intensa.

(...)

La discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales no es arbitrariedad o mero pálpito o intuición judicial. El ejercicio de la discrecionalidad debe tener en cuenta (a) ‘las condiciones particulares de la víctima’ y (b) ‘la gravedad objetiva de la lesión’. En cualquier caso, la decisión de definición de los perjuicios morales debe tener en cuenta los principios de equidad, razonabilidad y reparación integral.” (subrayas fuera del texto).

Y además, en su intervención oral el apoderado de la parte civil, los pide solo para los padres, y el juez los extiende también a los hermanos del occiso, en clara aplicación de una facultad del ámbito laboral como lo es la *extra petita* y vedado en materia civil<sup>157</sup>, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que quebrantaría, si fuera viable la tasación de perjuicios morales, el principio de congruencia de la sentencia.

Es que si la jurisdicción contenciosa administrativa fue la vía legal que escogió el representante de las víctimas para obtener la indemnización de los perjuicios, no puede solicitar dentro del proceso penal que se condene a pagar los perjuicios al procesado, pues se trataría, se itera de un doble pago de la mencionada repara-

156 Sentencia T-212 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

157 Reformado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1º, mod. 135. Dicho artículo prevé en su inciso 2º que “No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta”.



ción”. (Rad. 158538 del 19 de abril de 2017, M.P. TC. (RA) NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Segunda Sala de Decisión).



## 58. INIMPUTABILIDAD.

Embriaguez per se no la determina. No es un concepto médico. No es causal de cesación de procedimiento.

“Aunado a ello, tenemos que es el mismo censor quien afirma que no estamos frente a un Alcohólico crónico, al ser la primera vez que se le presenta este hecho en una ingestión eventual, por lo que el estado de Inimputabilidad del procesado lo infiere de la circunstancia de haber estado ingiriendo bebidas alcohólicas durante las horas previas a los hechos, sin aludir, para nada a su condición síquica durante el desenlace de los mismos, de donde fulgura que dicho planteamiento resulta incompleto, pues no es simplemente la ebriedad, sino la carencia de capacidad para comprender la ilicitud del hecho o para determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a la intoxicación etílica, lo que corresponde demostrar en estos supuestos. (...)

Recuérdese entonces que de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 522 de 1999 es *“Se considera inimputable a quien en el momento de ejecutar el delito no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica o trastorno mental”*, y según lo dispuesto por el artículo 37 ibidem *“Cuando el agente hubiere preordenado su trastorno mental, no será considerado como inimputable”*; por ello, independiente del grado de embriaguez que ostente el sujeto -porque esa no es circunstancia per se para determinar la Inimputabilidad-, lo que interesa es aclarar si al momento de realizar la conducta perdió la consciencia, entendida ésta como aquella desde la que, por medio de la razón, el sujeto se vio imposibilitado para captar la ilicitud de su comportamiento o la capacidad de dirigirse conforme con dicha comprensión (CSJ-CP, N° 10964, 16-Dic-99)<sup>158</sup>, como bien lo ha precisado el precedente de la Honorable Corte Suprema de Justicia(...)

Asimismo es de precisarse que la Inimputabilidad no es un concepto médico sino jurídico en una tarea que solo se reserva al juzgador, pues es a él a quien le corresponde determinar si el procesado actuó en cualquiera de los motivos de dicha incapacidad de Culpabilidad, para lo cual deberá examinar la verdad procesal cotejándola con el peritaje que haya sido practicado, para decidir si la patología del acusado -en el evento de que ésta se haya dictaminado- tiene relación, y de qué clase, con el concreto hecho punible que juzga (CSJ, N°9112, 06-Sep-94)(...)

Como si fuera poco, obsérvese que la Defensa opugnadora nada dice de las causales para dar tránsito a la Cesación de Procedimiento, pues claro es, que la Inimputabilidad no es causal objetiva ni subjetiva de la terminación anticipada del proceso, como se analizó en precedencia, de cuya argumentación y comprobación



es huérfano el recurso, simple y llanamente porque el esfuerzo en sustentación lo dirigió el censor a objetar el dictamen pericial que a su parecer lo relega de responsabilidad, motivación que no corresponde al Instituto extraordinario que aquí se depreca.

Por lo tanto no encuadra esta propuesta jurídica, en ninguna de las causales que habilita al operador jurídico o dispensador de justicia para dar aplicación al artículo 231 del Estatuto Penal Castrense –Ley 522 de 1999-; mírese además que la demostración del estado que señala la Defensa como ausencia de responsabilidad no se encuentra comprobada hasta este momento procesal, ni tiene la capacidad de mutar su comportamiento a una condición legal de Inimputabilidad, porque bajo tal argumento se facultaría para que cualquier militar en un estado de embriaguez, pudiera atacar a un Superior o Inferior, quedando su conducta ajena a un reproche penal, por lo que no hay otra salida jurídica que continuar con la investigación penal”. (Rad. 158623 del 31 de julio de 2017, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZARATE, Cuarta Sala de Decisión).



### 59. INIMPUTABILIDAD.

Es determinada por el funcionario judicial. No implica necesariamente el reconocimiento de inocencia.

“La inimputabilidad del procesado como consecuencia de inmadurez psicológica o trastorno mental que le prive de la capacidad de comprender la ilicitud de su actuar o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, debe acreditarse plenamente, sin que sea suficiente para su reconocimiento las simples afirmaciones, conjeturas o alusiones sobre su existencia. De ahí que, el medio de convicción idóneo para verificar dicha condición sea el examen psiquiátrico, precisamente por corresponder a un examen especializado que requiere un análisis profundo que permita establecer el estado de perturbación o alteración de la esfera motiva de la personalidad, causados por factores patológicos permanentes o transitorios o por circunstancias ajenas a esos factores.

Sin embargo, la experticia psiquiátrica no puede tenerse como plena prueba para establecer la condición de imputabilidad o inimputabilidad del investigado, puesto que, conforme el artículo 401 del código penal militar, las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En esas condiciones, es el juez militar quien debe valorar las diferentes evidencias del proceso, para finalmente concluir si es dable o no reconocer un determinado estado psiquiátrico y, en consecuencia, el estado de inimputabilidad del investigado<sup>159</sup>.

Por otro lado, es necesario recordar que la declaratoria judicial de inimputabilidad no implica necesariamente el reconocimiento de inocencia o ausencia de responsabilidad del procesado, en tanto, el artículo 15 del Código Penal Militar establece que la conducta del inimputable será punible cuando sea típica y antijurídica,



a diferencia de los imputables en donde además se requiere que sea culpable. Ello es así, en tanto el esquema dogmático adoptado por la norma penal castrense determina que mientras la culpabilidad es el juicio sobre la conducta, la imputabilidad es el juicio sobre la capacidad del sujeto. La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, ya que solamente puede ser culpable quien es imputable.

Condición que de presentarse le impide al agente actuar con culpabilidad dolosa, culposa o preterintencional, ya sea por carencia de conciencia plena de la antijuridicidad de su acción u omisión, o por inexistencia de libertad para comportarse lícita o ilícitamente, presupuestos sin los cuales no es posible imputar a una persona una conducta típica y antijurídica desde una de estas modalidades de culpabilidad, ni endosarle responsabilidad penal materializable en la imposición de una medida punitiva ordinaria.(...)”. (Rad. 158197 del 13 de diciembre de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión).



### 60. JUEZ DE CONOCIMIENTO.

Facultades al efectuar el control de legalidad sobre la aceptación de cargos.

“la señora Juez Militar de Primera Instancia profirió una decisión que está lejos de cumplir con lo que le imponía su rol de Juez de Conocimiento en el precitado artejo normativo, como lo era verificar en el Acta de Aceptación de cargos datada 07 de Julio de 2017 si al procesado se le imputaron adecuadamente los cargos, y determinar si la aceptación que de los mismos hizo fue libre, voluntaria y espontánea, pero distante a ello lo que la funcionaria A-Quo entra a hacer, es a realizar consideraciones jurídicas subjetivas del actuar del investigado para enmarcar su conducta en otro punible que en su sentir subyacía y concursaba con el de Deserción.

Ciertamente lo que debía de haber hecho la Juez de Conocimiento en su labor de verificación, era establecer que el procesado haya realizado una verdadera Aceptación de Cargos, esto es, que haya conocido la imputación y los hechos y circunstancias con que se formulan los Cargos por el instructor con fundamento en la prueba recaudada y que habrían de ser aceptados o no por el procesado (*CSJ-CP, Radicado N° 11874, 07 de Noviembre de 2002*), así como también, que al levantarse la correspondiente Acta de Aceptación de Cargos fechada 07 de Julio de 2017, acto procesal que equivale a la Resolución de Acusación, mínimamente contenga de manera expresa, clara y concreta la Imputación Fáctica y la Imputación Jurídica, y la expresa aceptación libre, voluntaria y espontánea por parte del procesado de los cargos imputados por el Instructor, como el conocimiento que el Sindicato tiene de los beneficios, consecuencias punitivas y renunciadas que está haciendo, así como la aceptación de la responsabilidad penal derivada de los cargos imputados y aceptados.

La verificación de esos presupuestos prevista por el legislador, corresponde al ejercicio del Control de Legalidad formal y material que debe realizar el Juez de Conocimiento, que implica la comprobación en forma detallada de la



actuación procesal para determinar que tanto la imputación de Cargos, como el allanamiento que realizó el procesado, se encuentre acorde con los requisitos formales, sustanciales y los requerimientos mínimos de orden probatorio en los que se deben fundar esas decisiones, además, de que debe constatar que se haya observado el Debido Proceso, y que si encuentra que se cumplieron tales exigencias, admitir el acta de Aceptación de Cargos, como presupuesto requerido para producir el siguiente acto procesal, esto es, la Sentencia correspondiente.

Recuérdese que la aprobación del Acta de Aceptación de Cargos por parte del Juez de Conocimiento genera unas consecuencias procesales para el procesado, puesto que una vez admitida a partir de ese momento no es “*posible retractación alguna*”, por lo que necesariamente tal Control de Legalidad debe hacerse mediante Auto de Sustanciación, en el que se declare la legalidad del Allanamiento a Cargos y se avale tal actuación procesal, de lo contrario, no sería posible que se generaran las consecuencias jurídico – procesales previstas en la Ley, decisión de trámite que echa de menos la actuación surtida por el Juzgado Militar Catorce de Brigada dentro del proceso penal de la referencia.

Producida la decisión que declarara la legalidad del allanamiento a cargos, el Juez de Conocimiento procederá a proferir la Sentencia correspondiente, la cual sea cual sea la ritualidad que haya gobernado el proceso penal, está sujeta al cumplimiento de unos presupuestos inamovibles, como lo es la verificación del respeto por las Garantías Fundamentales durante toda la actuación surtida en las etapas precedentes, y que no son ajenos a la Sentencia Anticipada, puesto que de ello depende la legalidad del fallo (CSJ – CP, Radicado Nº 28998, 03 de Abril de 2008), como también pende que los cargos imputados al procesado, sean consecuentes con el recaudo probatorio (CSJ – CP Radicado 14240 29 enero de 2004), esto es, “*que obren en el proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y La responsabilidad del procesado*”, conforme lo impone mandatariamente el artículo 396 de la ley 522 de 1999 –Código Penal Militar”. (Rad. 158746 del 20 de septiembre de 2017, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZARATE, Cuarta Sala de Decisión).



## 61. LEGALIZACIÓN DE CAPTURA.

La producida en flagrancia no pende de la apertura de la investigación. Irregularidad de la captura no compromete la legalidad del proceso, ni genera nulidad.

“Frente al particular, habrá que señalar que el artículo 509 del Código Penal Militar prevé el procedimiento que debe desarrollarse ante la captura en flagrancia<sup>160</sup>. Limitación del derecho a la libertad que constituye una excepción

160 Ley 522 de 1999, Artículo 509. “Captura en flagrancia. Quien sea capturado en flagrancia, será conducido en el acto o a más tardar en el término de la distancia, ante el juez para iniciar la investigación.

Si la captura la realizare la autoridad, dicho empleado está obligado a rendir informe relacionado con todas las circunstancias en que se produjo la aprehensión, que será ratificado, si fuere necesario, ante el juez que haya recibido la persona privada de libertad. Si la captura la efectuare un particular, está en la obligación de rendir testimonio bajo juramento, para efecto de determinar las circunstancias en que se cumplió la privación de la libertad.

Cuando por cualquier circunstancia, no atribuida a quien hubiere realizado la captura, el aprehendido no pudiere ser conducido inmediatamente ante el juez, será recluso en el batallón o cuartel del lugar o en otro establecimiento oficial destinado a la reten-



al principio de “*reserva judicial*”, establecido en el artículo 28 Constitucional<sup>161</sup>, que determina que sólo las autoridades judiciales están facultadas para privar de la libertad a una persona, previo el lleno de los requisitos legales. (...)

En ese contexto, la Sala ninguna irregularidad advierte que socave el debido proceso o el derecho de defensa del procesado, dado que puesto el capturado en flagrancia a disposición del juez de instrucción, conforme las voces de los artículos 509 y 514 del Código Penal Militar, éste procedió a legalizar la captura e iniciar investigación penal en forma inmediata.

Entiende la Sala que la legalización de la captura producida en flagrancia no pende de la apertura de la investigación, por cuanto la privación de la libertad se produce sin que exista investigación penal como excepción al principio de reserva legal. Considerar que la legalización de la captura en flagrancia se encuentra supeditada a la previa apertura de la actuación procesal, supondría que en todos los eventos sin excepción alguna debe iniciarse una investigación penal en contra del capturado en flagrancia, aunque ésta sea declarada ilegal o no se den los presupuestos procesales correspondiente, situación que a todas luces sería arbitraria, por cuanto la investigación penal está condicionada a los presupuestos establecidos en el artículo 458 del Código Penal Militar. Por otra parte, la competencia para legalizar la captura no se encuentra dada por la apertura de un proceso, como aparentemente lo entiende el recurrente, sino por expresa disposición legal.

En ese orden de ideas, de haberse producido una irregularidad por el hecho de que el auto que legalizara la captura del suboficial antecede dentro del expediente al auto que apertura la investigación, como lo reclama la defensa, perjuicio alguno se ocasionó al detenido por esta situación. Omitiendo el recurrente, además, establecer cómo este hecho afectó de forma efectiva los derechos de su prohijado. (...)

Por otro lado, es necesario recordar al togado, que la captura irregular de una persona, por tratarse de una pieza anterior al nacimiento del proceso, no constituye motivo de nulidad, puesto que para subsanar las fallas relativas a la aprehensión, están previstos mecanismos constitucionales y legales - *habeas corpus*- distintos a la solicitud de nulidad. Por eso, una captura en condiciones irregulares, aunque da pie para iniciar investigaciones penales o disciplinarias contra quienes la hayan practicado en esa forma, no compromete la legalidad

---

ción de personas y se pondrá a disposición del juez dentro de la primera hora hábil del día siguiente, con el informe o declaración de que trata el inciso anterior. Cuando el aprehensor sea particular, podrá entregar al capturado ante cualquier autoridad militar, policial o judicial.

Cuando el hecho punible tenga señalada pena no privativa de la libertad, arresto o prisión que sea inferior a dos (2) años y no exista prohibición para otorgar el beneficio de la libertad provisional, una vez el capturado haya rendido indagatoria se le dejará en libertad, previa suscripción de un acta en la que se comprometa a presentarse al despacho cuando se le solicite.

Si la captura la lleva a cabo juez que tenga competencia para investigar el hecho punible, dará comienzo inmediatamente a la indagación preliminar o sumario, dejando constancia de las circunstancias en que se produjo la aprehensión”.

161 “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”. Artículo 28 de la Constitución Nacional.



del proceso. Así lo ha señalado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que la afectación al derecho de libertad, de ninguna manera tiene la fuerza de viciar de nulidad el proceso”. (Rad. 158619 del 11 de octubre de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión)



## 62. LEGITIMACIÓN PROCESAL.

Víctimas y/o perjudicados en el proceso penal. Requisito para impugnar las decisiones.

“Consonante con lo expresado en precedencia, debe advertirse que, aquí la discusión no se centra en sí, a las presuntas víctimas les asiste unos derechos dentro del proceso, tampoco, si le es permitido actuar en el trámite procesal, el verdadero problema que se presenta, incumbe a la forma de acceder al proceso, la condición de sujeto procesal, de parte o de interviniente y consecuentemente las facultades para actuar, esto es, la legitimación para poder intervenir como parte procesal.

Coherente con las anteriores premisas, la Sala estima necesario recordar que la legitimación tiene muchas acepciones, pero la que nos interesa en el caso bajo estudio es la que pertenece al plano procesal penal, entendida como la cualidad que se predica de las partes del litigio en relación con el objeto procesal, conocida como capacidad procesal, como la denominan algunos tratadista<sup>162</sup>, condición que habilita su participación en la Litis como parte o sujeto procesal, de un lado, y de otro, para recurrir las decisiones, aptitud esta que se conoce como interés jurídico.

Necesario resulta entonces, distinguir entre legitimación y capacidad, aunque a veces estas figuras aparecen confundidas en el lenguaje común, incluso en el lenguaje jurídico común a pesar que se trata de nociones diferentes que designan conceptos igualmente disímiles, en tanto que la capacidad no es más que la aptitud genérica para ser titular de derechos y de deberes (capacidad para ser parte), y, la legitimación la aptitud para poder ejercerlos válidamente en el proceso, que algunos autores denominan capacidad procesal, es decir, la manifestación en la esfera del proceso judicial, de la personalidad o capacidad jurídica para obrar válidamente en relación con el fondo del asunto, por ello, la jurisprudencia se refiere a la capacidad con la expresión legitimación “ad processum”, y a la legitimación propiamente dicha, como legitimación “ad causam”.

En suma, la legitimación en el proceso como un presupuesto para impugnar las decisiones judiciales, el recurrente debe ostentar la condición de sujeto procesal habilitado para actuar, y en segundo lugar, debe estar legitimado en la causa, presupuesto que exige de manera imprescindible, esto es, al recurrente le debe asistir interés jurídico para atacar la providencia en cuanto la decisión le cause perjuicio a sus intereses procesales, no frente a aquellas que le reporten un beneficio o no lo perjudiquen<sup>163</sup> (CSJ – CP Radicado 22758 – sentencia 23 febrero de 2005).

162 Juan Montero Aroca, De la legitimación en el proceso civil, Barcelona, Bosch, 2007.

163 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal- Radicado 22758 – Sentencia del 23 de febrero de 2005.- MP: DRA. MARINA PULIDO DE BARON “La legitimación en el proceso constituye uno de los presupuestos de procedencia de la impugnación de las providencias judiciales, en virtud de la cual, es preciso que el recurrente ostente la condición de sujeto procesal habilitado para actuar.



Con la claridad conceptual que nos dan los anteriores razonamientos, debe resaltarse que el Título Quinto, del libro tercero de la ley 522 de 1999 norma aplicable al caso bajo estudio, al determinar los intervinientes en la relación procesal se refiere a “SUJETOS PROCESALES”, no obstante, en diferentes disposiciones de la ley 1407 de 2010 y la ley 522 de 1999, el legislador se refiere a “las partes” para representar a los sujetos de la relación procesal legitimados para actuar dentro del proceso, ello se debe a que dogmáticamente los sujetos de una relación procesal, de manera general reciben la denominación genérica de partes procesales.

Examinadas las normas adjetivas contenidas en la ley 522 de 1999, habrá de señalarse que si bien es cierto el código penal militar, en principio, consagró en forma restringida la participación de las víctimas en el proceso, no es menos cierto que, determinó que “el perjudicado con el delito”<sup>164</sup> podía constituirse en parte civil, de un lado para buscar el resarcimiento económico por los daños causados con el delito y de otro, para “contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos”<sup>165</sup>, esto es, dispuso que los perjudicados con el delito, podían hacerse presentes en el proceso penal militar como parte civil, condición que le daba la calidad de sujeto procesal con plenas facultadas, en igualdad de condiciones con los demás sujetos procesales para actuar procesalmente en todas las etapas, aunque no reguló de manera integral su participación.

Como quiera que dentro del estatuto punitivo castrense no se reguló integralmente el trámite de la demanda de constitución de parte civil, ni el procedimiento que se debía seguir, esto es, se presenta una laguna o vacío legislativo en esta materia en la codificación punitiva castrense, amén de las evidentes restricciones, lo jurídicamente viable es recurrir por integración a lo regulado en esta materia en el código de procedimiento penal previsto en la ley 600 de 2000, dado que la estructura procesal allí prevista es muy similar y no se opone a la naturaleza de la sistemática Procesal Castrense (C. CONST. sentencia C-1149 de 2001)<sup>166</sup>.

Por manera que, para actuar dentro del proceso penal militar gobernado por la ley 522 de 1999, se requiere estar legitimado como sujeto procesal, esto es, tener la capacidad para ser parte, de un lado y de otro, la personalidad o capacidad jurídica para obrar válidamente en relación con el fondo del asunto, esta última de acuerdo a la calidad de sujeto procesal, que de conformidad con lo preceptuado en el libro Tercero, Título Quinto de la norma en cita, son el Ministerio Público, la Fiscalía Penal Militar, el Procesado, el Defensor y la Parte Civil, bajo esta última figura actúan las víctimas, los ofendidos y los perjudicados

---

Adicional al anterior también se encuentra la legitimación en la causa, presupuesto que exige de manera imprescindible que al impugnante le asista interés jurídico para atacar el proveído, esto es, que la decisión le cause perjuicio a sus intereses, pues no hay lugar a inconformidad frente a providencias que le reporten un beneficio o que simplemente no lo perjudiquen.”

164 Artículo 305 ley 522 de 1999

165 *Ibidem*

166 Corte Constitucional – Sentencia C – 1149 del 31 de octubre de 2001- MP: DR. JAIRO ARAUJO RENTERIA: “Por su parte, el artículo 18 de la ley 522 de 1999, dispone: “En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este código, son aplicables las disposiciones de los códigos penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este código”. De tal manera que en cuanto a la institución de la parte civil se refiere son aplicables las normas contenidas en el Código Penal y de Procedimiento Penal en cuanto no se encuentre regulado en éste, por remisión expresa de la misma ley”.



con el delito, al igual que ocurre en el proceso penal ordinario regido bajo la ritualidad de la ley 600 de 2000 (C. Const. Sentencia C-1291 de 2001).

De lo expresado en precedencia, salta de bulto que tanto la ley 600 de 2000, como la ley 522 de 1999, solo consagra como sujetos procesales o personas autorizadas para actuar válidamente dentro del proceso penal a los citados sujetos, pero dentro de ellos, no aparece la víctima como sujeto procesal autónomo e independiente, ello se debe a que para legitimarse como parte o sujeto procesal, las víctimas o perjudicados con el delito deben constituirse como parte civil, así no pretendan un resarcimiento económico.

A la anterior conclusión se llega, no solo porque el código penal militar (ley 522 de 1999) y el código de procedimiento penal (ley 600 de 2000) de corte inquisitivo, no hayan consagrado como sujeto procesal autónomo a la víctima o si se quiere decirlo, no le dieron esa denominación, sino porque de la interpretación sistemática que ha de hacerse de los artículos 106, 107, 305 y 309 del código penal militar, en concordancia con lo preceptuado en los artículos 45 y 50 de la ley 600 de 2000, se infiere que solo pueden constituirse en parte civil las víctimas, los perjudicados con el delito, los herederos o sucesores de éstos con la facultad de “solicitar la práctica de pruebas orientadas a demostrar la existencia del hecho punible, la identidad de los autores o partícipes, y su responsabilidad. Podrá igualmente interponer recursos contra las providencias que resuelvan sobre las materias de que trata este artículo”<sup>167</sup>.

De lo anterior se colige que tanto las víctimas, como los perjudicados con el delito (personas naturales y jurídicas) y los herederos o sucesores, persiguen unos mismos fines e igualmente, conforme a la constitución y la ley son titulares de iguales derechos, con facultades procesales idénticas, por ello el legislador con fundamento en la potestad de configuración legislativa, estimó que en ese sujeto procesal, esto es, bajo la condición de parte civil, se consideraba garantizado el derecho de las víctimas de acceder a la justicia en igualdad de condiciones (C. Const. Sent. 1149 de 20019)”. **(Rad. 158535 del 31 de julio de 2017, M.P.MY(R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Cuarta Sala de Decisión).**



### 63. LESIONES PERSONALES - ATAQUE AL INFERIOR/ATAQUE AL SUPERIOR.

Concurso material.

“La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>34</sup>, al igual que la de este Colegiado<sup>35</sup>, ha sido prístina en punto a que los injustos de Ataque al Inferior o al Superior y de Lesiones Personales concursan materialmente en los eventos en que de la acción se deriven resultados que afecten la integridad personal de uno u otro, sin que ello se erija en violación al principio del non bis in idem ocasionada por una doble imputación fáctica, pues la norma que regula el atentado contra la



disciplina, al preceptuar que el ataque comporta una dosificación punitiva “por ese solo hecho”, de manera expresa elimina dicha posibilidad de menoscabo a ese principio.

No empee esto, la imputación fáctica y jurídica derivada de la evidente lesión que presentó el SI. AYSR pasó desapercibida durante la diligencia de inquirir del PT. JDJVP, debiendo ser ahora subsanada esta omisión mediante la ampliación de tal acto procesal, medio de prueba y medio de defensa, luego de lo cual deberá seguirse el derrotero que en casos como éste ha trazado el órgano de cierre de esta jurisdicción foral”. (Rad. 158588 del 28 de junio de 2017, M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).



### 64. LEY 522 DE 1999.

Debido proceso. Perspectiva formal y perspectiva material. Es el procedimiento aplicable por falta de implementación del sistema acusatorio consagrado en la Ley 1407 de 2010.

“Corolario de lo anterior, se ha de reiterar que bajo una interpretación precisa desde los criterios de existencia, vigencia, validez, eficacia y aplicación de la Ley 1407 de 2010, es viable afirmar que mientras no se cumplan las condiciones de implementación, el procedimiento a seguir en la jurisdicción penal militar, es el regulado por la Ley 522 de 1999. Por estas razones es que no se comparte la premisa defensiva que señala que si la Ley 1407 de 2010 se encuentra vigente, no es viable aplicar la Ley 522 de 1999.

Se reitera, que la solución jurídica al problema planteado radica en diferenciar que el tema procedimental contenido en la Ley 1407 de 2010 como dice el apelante, está vigente, señalando también que tiene existencia jurídica y validez, pero que situación diferente es que de la Ley 1407 de 2010 no se puede pregonar, eficacia y aplicación a pesar de su vigencia, pues existe una condición de sujeción al régimen de implementación. (...)

El concepto de debido proceso ha sido decantado desde dos perspectivas, una, el concepto formal que implica el trámite y ritualidad que integra el proceso penal, esa sucesión de pasos estrictamente fijados en la ley y que solo el agotamiento de cada uno de ellos permite llegar al momento de la sentencia, en otras palabras, es esa secuencia lógico jurídica dentro del rito del proceso penal. Y una segunda perspectiva, donde se aborda el concepto de debido proceso, que es desde una estructura conceptual o material que se traduce en la efectivización del derecho sustancial, logrando la armonía entre los derechos fundamentales del procesado y la facultad punitiva del Estado, en otras palabras es la definición jurídica progresiva que vincula al sujeto desde las aristas personal, material y jurídica (CSJ.SP. Rad.23914 Sep.2005) .

La preservación del debido proceso implica salvaguardar entonces una serie de garantías procesales, entre otras, las formas propias del juicio que dentro de



nuestro ordenamiento jurídico se desprende desde el precepto constitucional contenido en el artículo 29 y desde allí tiene surgimiento la garantía de la legalidad que implica el sometimiento de las autoridades y los particulares, a la ley previamente establecida, evitando así la arbitrariedad judicial (C.Const. C-843 1999).

De manera que bajo la premisa que el procedimiento contemplado en la Ley 1407 de 2010 no contiene los criterios de eficacia y aplicación dado que el legislador sometió estos a la condición de implementación del sistema oral acusatorio, es la razón para señalar que la norma procesal aplicable al caso sub judice es la Ley 522 de 1999, en consecuencia este es el rito procesal aplicable, es decir, que el procedimiento contenido en esta última, respeta el principio de legalidad y la garantía de las formas propias del juicio, contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.

Por las breves referencias, esta Sala ha de señalar entonces, que no están afectadas ni las garantías de las formas propias del juicio ni las de legalidad, y por ende no existe vulneración al debido proceso como lo invoca el apelante, razones suficientes para no acceder a la petición de nulidad de lo actuado". **(Rad. 158229 del 23 de mayo de 2017, M.P. CR (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Tercera Sala de Decisión).**



### **65. LEY 522 DE 1999.**

Es el procedimiento aplicable hasta que se implemente el sistema acusatorio en la jurisdicción castrense. La cesación de procedimiento por vencimiento de términos no está contemplada como una forma anticipada de terminación del proceso.

“En relación con la parte procesal, al legislador condicionar la aplicación de la ritualidad oral prevista en la Ley 1407 de 2010 a la implementación, coetáneamente prolongó la vigencia del procedimiento escritural previsto en la Ley 522 de 1999 hasta el cumplimiento de la misma condición, tal como el mismo apelante lo planteó en sus argumentos, a través de la variedad de decretos expedidos para la implementación de la mencionada ley, olvidando el recurrente hacer mención del Decreto 1575 de 2017, mediante el cual se prorrogó nuevamente el inicio del sistema penal acusatorio en materia penal militar a cuatro fases territoriales iniciando en el 2020 y concluyendo en el 2023, como bien lo mencionó el procurador ante esta instancia.

En estas condiciones, no es posible atender la petición de preclusión de la investigación por vencimiento de términos bajo los parámetros que plantea el censor, esto es, aplicando el artículo 465 de la Ley 1407 de 2010, norma erróneamente citada por el recurrente dado que no regula la preclusión<sup>168</sup> sino lo

168 Artículo 474. Preclusión. En cualquier momento, el Fiscal Penal Militar solicitará al juez penal militar de conocimiento, la preclusión, si no existiere mérito para acusar.

Artículo 475. Causales. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal Militar.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.



atinente a las medidas de aseguramiento, en tanto, se itera, no se ha implementado el sistema penal con tendencia acusatoria, y en consecuencia sigue vigente el procedimiento estipulado en la Ley 522 de 1999, la que rige el caso de análisis.

El tema ya ha sido tratado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, indicando que a pesar de haber entrado a regir la Ley 1407 de 2010, la aplicación normativa que regula el sistema oral acusatorio depende de la implementación, siendo por ende inaplicable el nuevo ordenamiento a no ser que se trate de disposiciones favorables al procesado y siempre que no correspondan a la esencia del esquema oral<sup>169</sup>; discusiones que también fueron dadas en el mismo sentido en torno a aplicación de la Ley 906 de 2004, en territorios del país donde seguía vigente la Ley 600 de 2000.

**8.2** Ahora, respecto de la aplicación del principio de favorabilidad que solicita el defensor recurrente para aplicar el artículo 474 la Ley 1407 de 2010 y no la Ley 522 de 1999, la Sala considera que no es factible, en tanto que, con ello se dejarían de lado los presupuestos de éste instituto al atentar contra la estructura del procedimiento previsto en el antiguo Código Penal Militar, disposición que aún conserva su vigencia, como ya se dijo.

Si bien actualmente coexisten dos procedimientos, el consagrado en la Ley 522 de 1999, escritural de corte inquisitivo, y el dispuesto en la Ley 1407 de 2010, oral y de tendencia acusatoria, solo el previsto en la primera norma es aplicable a todos los casos que se surtan en esta jurisdicción, hasta tanto no se produzca la implementación sucesiva de la nueva sistemática; luego, si se pretende aplicar una regulación que se estima más benigna, contenida en alguna de las dos disposiciones, debe hacerse respetando las reglas que permiten hacer efectivo el principio de favorabilidad, la que para el caso de estudio no es posible de acuerdo a lo expuesto.

La favorabilidad, como se sabe, constituye una excepción al principio de la irretroactividad de la ley, pudiéndose aplicar una ley posterior al hecho cometido (retroactividad) o prorrogarle sus efectos aún por encima de su derogatoria o su inexequibilidad (ultractividad), siempre que en algún momento haya regido la actuación y que sea en uno u otro caso, más favorable al sindicado o condenado<sup>170</sup>.

Aunado a lo anterior, ha sido la propia Corte Suprema de Justicia<sup>171</sup> la que ha insistido que para aplicar el principio de favorabilidad es necesario: *(i)* que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, *(ii)* que respecto de aquéllas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales, y *(iii)* que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable.

7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 452 de este Código. Parágrafo. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el Fiscal Penal Militar, el Ministerio Público o la defensa podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

169 Radicado 45632-15 de julio de 2015- MP. DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO Corte Suprema de Justicia.

170 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de febrero de 2005, radicado 23006

171 Proceso 23700, providencia del 9 de febrero de 2006, Magistrado Ponente ALFREDO GÓMEZ QUINTERO



Bajo ese entendido, se pueden aplicar las normas procesales de carácter sustancial contenidas en la Ley 1407 de 2010 que resulten más benignas o favorables al procesado -conforme al principio de favorabilidad-, siempre y cuando no regulen la ritualidad, como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-025 de 2012 y la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal- en sentencia producida dentro del radicado 36504 del 9 de agosto de 2011, asunto que no comporta la causal 7 contemplada en el artículo 475 de la citada ley, en tanto se relaciona de manera directa con el procedimiento de tendencia acusatoria al pender los términos de la realización de las audiencias propias de ese sistema<sup>172</sup>.

De aplicar la norma en comento, se afectaría el sistema procesal de corte inquisitivo contemplado en la actual ley de procedimiento aplicable<sup>173</sup>, en la que no se contempló el vencimiento de los términos como causal de terminación anticipada del proceso, entre otras cosas, porque el predominio de lo escritural y la misma dinámica en la formación del expediente hacen más prolongado el procedimiento; por ello actualmente se le ha dado relevancia al plazo razonable, reconocido en numerosas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>174</sup>, la cual ha establecido tres criterios que deben ser tenidos en cuenta para ello: (i) la complejidad del asunto, (ii) la actividad procesal del interesado y, (iii) la conducta de las autoridades; situaciones que fueron analizadas por el *A quo* para concluir que no se ha afectado tal derecho.

**8.3** El impugnante solicitó la terminación de manera anticipada de la investigación reclamando la aplicación de la preclusión, en tanto que las causales para disponer la terminación anormal del proceso se hallan previstas de manera taxativa en el artículo 231 de la Ley 522 de 1999 preceptuando: *“En cualquier estado del proceso en que aparezca comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido o que la conducta es atípica, o que obró dentro de una causal de ausencia de responsabilidad o que el proceso no podía iniciarse, o no puede proseguirse, el juez mediante auto interlocutorio, así lo declarará.”*, es decir, se trata de un instituto jurídico procesal que permite adoptar en forma anticipada, sin el agotamiento de todas las etapas procesales establecidas en el código, la terminación definitiva del proceso penal cuando se halle demostrado en grado certeza alguna de las causales allí previstas.

Conforme a los lineamientos del artículo 231 del Código Penal Militar, la decisión de decretar la cesación de procedimiento puede adoptarse en cualquier etapa del proceso por el funcionario que tenga a su cargo la investigación en ese momento, debiendo señalarse que se trata de un pronunciamiento judicial de fondo, que adquiere, una vez ejecutoriada la providencia, fuerza vinculante de cosa juzgada -Ley 522 de 1999, artículo 14<sup>175</sup>-, es por ello que, se itera, para

172 Audiencia de imputación-acusación, artículos 338 y 452 de la Ley 1407 de 2010

173 Nos referimos a la Ley 522 de 1999

174 Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador., Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala., Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua., Caso Forneron e Hija Vs. Argentina, Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala., Caso López Mendoza Vs. Venezuela., Caso Fleury y otros Vs. Haití., Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile., Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras

175 ARTICULO. 14. —Cosa juzgada. El procesado, condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, o por providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, salvo las excepciones legalmente



su adopción se requiere que esté demostrado en grado de certeza el supuesto de hecho que constituye la causal invocada, como se infiere del contenido del referido artículo, en tanto que exige que el hecho aparezca comprobado, tal como esta Corporación de manera reiterada y pacífica le ha dado alcance al tema<sup>176</sup>.

En este orden de ideas, se dirá que, analizadas las causales objetivas<sup>177</sup> y subjetivas<sup>178</sup> no es factible por el momento decretar la terminación anticipada del proceso bajo los lineamientos de la norma aplicable para el caso, y que ante el vencimiento injustificado del plazo razonable de investigación únicamente procedería su cierre<sup>179</sup>, caso este que podría conllevar a calificar el mérito del sumario con cesación de procedimiento por aplicación del principio de *in dubio pro reo* -artículo 178 Ley 1407 de 2010-, ello siempre y cuando no hubiera sido posible recaudar prueba demostrativa de autoría y responsabilidad de los procesados”. **(Rad. 158269 del 07 de diciembre de 2017, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).**



## 66. LIBERTAD PROVISIONAL.

Requisitos. Inexequibilidad de la obligación de observar buena conducta. PRECEDENTEJUDICIAL. Obligatoriedad.

“Cuando el precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país, adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del derecho y debido proceso. Adicionalmente, se le considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento.

Y ello es así, en tanto las normas y reglas jurídicas imperantes son susceptibles de traer consigo vacíos o ambigüedades que pueden generar diversas interpretaciones, derivadas incluso de la imprecisión del lenguaje, haciendo necesaria la existencia de órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales, esto en pro de la igualdad, la buena fe, la seguridad jurídica y la necesidad de coherencia del orden jurídico.

Ello adquiere mayor relevancia en la medida que con una actividad interpretativa tal se garantiza el respeto del derecho de la igualdad en la aplicación de la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades del Estado (art.

---

previstas respecto de la acción de revisión.

176 Ver entre otras decisiones: Cuarta Sala de decisión: Radicado 155049 - 25 de junio de 2.008, MP: TC. JACKELINE RUBIO; Radicado 155103 - 24 de septiembre de 2008, MP: TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA. Segunda Sala de Decisión: Radicado 156220 - 5 de febrero de 2010, MP: TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS; Radicado 155857 - 24 de agosto de 2010, MP: MY(r). JOSE LIBORIO MORALES CHINOME.

177 Muerte del procesado, la prescripción, etc., denominadas, comúnmente, de improcedibilidad de la acción, pues impiden a la administración de justicia continuar adelantando el proceso y debe declararlas el funcionario en el momento en que se manifiesten a la vida jurídica, sin condicionamientos valorativos de ninguna naturaleza.

178 Se relacionan con los fenómenos de tipicidad, ausencia de responsabilidad, se erigen como motivo de improcedibilidad solamente cuando se hallen plenamente demostradas en el proceso. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Radicado 28482 - Sentencia del 1 de noviembre de 2007.- MP: DR. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

179 Ley 522 de 1999, artículo 553



13 Constitución Política de 1991) que demandan, como elemento racionalizador de la actividad judicial, que problemas jurídicos semejantes o que planteen un punto de derecho semejante, sean resueltos por quienes administran justicia en condiciones de igualdad en punto a la interpretación de la norma a aplicar.

En este orden de ideas, los precedentes constitucionales deben tener un lugar privilegiado en el análisis de casos por parte de los operadores jurídicos, so pena de quebrantar principios constitucionales como la igualdad y la supremacía de la Constitución<sup>20</sup>. En consecuencia, los jueces están obligados a acoger los precedentes constitucionales en la medida en que deben interpretar el derecho en compatibilidad con la Carta. Es así, indudablemente, un límite a la autonomía judicial.

Dicha obligatoriedad implica de un lado la fuerza erga omnes de las decisiones que se adoptan en los fallos de control constitucional abstracto de las leyes y, por otra, la protección del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación e interpretación del derecho llamado a regir problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho análogos. (...)

Colígrese de lo anterior que las autoridades públicas, y en especial aquellas que administran justicia, deben ceñirse en el ejercicio de su rol funcional a las pautas previamente trasuntadas, lo cual apareja la obligación de respetar y aplicar, en general, el precedente sentado por los tribunales a los que compete unificar la jurisprudencia, y, en particular, los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores, obligación que persiste mientras no exista un cambio de legislación que varíe el principio o regla jurisprudencial definida en la ratio decidendi de aquellos, aclarando que no empece lo hasta aquí dicho, asiste a tales autoridades la posibilidad apartarse del mismo, en ejercicio de la autonomía judicial, siempre y cuando -ceñidas a los criterios de transparencia y suficiencia-, argumenten de manera adecuada, razonada, fundada y con estricto apego al principio de suficiencia, los motivos por las cuales se apartan del precedente, motivos que habrán de hallar cabal sustentáculo en la misma jurisprudencia de los altos tribunales.

En el evento sub examine evidencia la Sala que el funcionario instructor en momento alguno justificó en tales condiciones las razones por las cuales se apartaba del precedente jurisprudencial constitucional vertido en la Sentencia C-371 de 2002, misma por la cual se declaró la inexecutable del numeral 2º del artículo 368 de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal que regulaba -en idénticos términos que lo hace el artículo 541.2 de la Ley 522 de 1999 - la obligación genérica de observar buena conducta una vez concedido el beneficio de la libertad provisional por razón de las circunstancias objetivas regladas en el canon 539 de esta última codificación -art. 365 de la Ley 600 de 2000- y cuya inobservancia avalaba la revocatoria de aquella, circunscribiendo el discernimiento vertido en el auto recurrido a una interpretación exegética del artículo 540 de la Ley 522 de 1999 que prevé una revocatoria tal cuando el procesado incumpla alguna de las obligaciones contraídas en diligencia de compromiso, es decir, aquellas contenidas en el artículo 541 ídem, entre las que se cuenta la ya referida, esto es, observar buena conducta profesional, individual, familiar y social.



Aunado a ello, en la providencia por medio de la cual resolviere el recurso de reposición impetrado de manera antecedente al de apelación, el ejercicio dialéctico a que acudió el señor Juez 69 de Instrucción Penal Militar en punto a los argumentos del tribunal constitucional no sólo fue deshilvanado, como bien señalara el representante de los intereses de la sociedad ante esta instancia, sino que, además, sin competelerle, lo que allí llevó a cabo fue una interpretación descontextualizada de la *ratio decidendi* del precedente judicial constitucional en cita, cuando lo que correspondía, si a ello había a lugar, era edificar una fundada, razonada y motivada argumentación, ceñida al principio de razón suficiente, que diera solidez al porqué se apartaba de tal precedente, lo que pudo haber hecho justificando el por qué la subregla allí sentada no era aplicable al supuesto bajo estudio, ora porque los argumentos que sirvieron de soporte a tal precedente habían perdido vigencia o validez por un cambio de legislación o debido al advenimiento de cambios sociales, políticos o económicos que trocaran la previa ponderación e interpretación del ordenamiento en inadecuada para responder a las nuevas exigencias de la sociedad.

Nada de ello hizo el funcionario instructor, dejando de lado, sin justificación dialéctica alguna, que respecto de la obligación del sindicado de "*observar buena conducta individual, familiar social*", como compromiso sucedáneo a la detención preventiva y como consecuencia de la concesión de la libertad provisional por circunstancias objetivas reguladas en el *códex* penal militar -no por desaparición de las condiciones que llevaron a la imposición de la medida restrictiva de la libertad-, ya la Corte Constitucional había decantado en la *ratio decidendi* de la referida sentencia los argumentos por los cuales resultaba contraria a la Carta Política, argumentos que por gravitar en torno a un punto de derecho -o problema jurídico- análogo le eran de irrestricta observación y acatamiento en la resolución del asunto sometido a su conocimiento, al punto que es perfectamente dable reputar la decisión recurrida, al igual que la que resolviere el ya referido recurso de reposición, en una vía de hecho judicial ante el flagrante desconocimiento del precedente judicial en comento. (...)

Estos fundamentos dialéctico argumentativos son, se itera, de plena aplicación en esta jurisdicción foral, sin que sea oponible a ello la lábil premisa consistente en que el numeral 2° del artículo 541 de la Ley 522 de 1999 no ha sido declarado inconstitucional, pues -se habrá de recordar-, la declaratoria de inexecutable anteriormente referida versó sobre el mismo punto de Derecho -la misma figura jurídica se quiere-, tornándose dada su pertinencia en precedente jurisprudencial vinculante y obligatorio para todos los operadores jurídicos, entrañando, por ende, su injustificado desconocimiento violación al derecho a la igualdad en la aplicación e interpretación de la ley y transgresión a la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades del Estado.

Como si lo anterior fuera poco, añade esta Sala, el desconocimiento del aludido precedente apareja la violación directa de la Constitución, pues el juez debe tener en cuenta en sus providencias que en caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad. **(Rad. 158663 del 05 de abril de 2017, M.P. CN.(RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



## 67. LIBERTAD PROVISIONAL.

Vencimientos de términos. Inviabilidad de aplicar por favorabilidad la Ley 1407 de 2010.

“En esencia, para el apelante el Juez de Instrucción erró al seleccionar la norma aplicable para resolver su petición de libertad provisional, pues por virtud del principio de favorabilidad la norma que se debió aplicar era la contenida en el numeral 470.3 de la Ley 1407 de 2010 y no la prevista en el artículo 539.4 de la Ley 522 de 1999, por lo que con tal decisión se violenta el Debido Proceso.

Desde ya se anuncia que la razón en este caso se pone del lado del servidor de justicia, en razón a que sus argumentos se corresponden con un análisis jurídico válido soportado en los antecedentes jurisprudenciales y judiciales expresados por la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior Militar, contrario a lo sostenido por el protestante defensor.

En efecto, desde antaño la jurisprudencia penal ha trazado una sólida línea de pensamiento, de la cual esta Corporación de Justicia Militar y Policial ha hecho eco, según la cual, cuando de favorabilidad de trata es necesario acreditar a más de la sucesión de leyes en el tiempo o de su coexistencia, tres condiciones básicas: “(i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, (ii) que respecto de aquéllas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales, y (iii) que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable”.

Para el caso en concreto es innegable que las dos legislaciones, esto es, la Ley 1407 de 2010 como la 522 de 1999, coexisten en el tiempo y que el instituto de la libertad provisional encuentra regulación en ambas; sin embargo, al parangonar las sistemáticas de procesamiento penal militar, en punto de los presupuestos fácticos-procesales para reconocer su otorgamiento, encontramos marcadas diferencias en una y otra; por una parte, vemos que es incuestionable que a través de la Ley 1407 de 2010 se introdujo una reducción significativa de tiempo, como presupuesto objetivo para acceder al beneficio aquí pretendido, pues de 120 días que prevé la Ley 522 de 1999 se pasó a exigir como tiempo de privación efectiva de la libertad del procesado, 60 días.

Es inocultable que tal reducción resulta a todas luces más benigna a los intereses del procesado, pero también es evidente que, su otorgamiento está supeditado a unos presupuestos procesales marcadamente diferentes; por una parte, la Ley 522 de 1999 exige, cuando no se trate de los delitos enlistados en la Ley 1058 de 2006, que no se haya dictado resolución de acusación después de 120 días de que el procesado haya permanecido en privación efectiva de su libertad.



Significa lo anterior, que es condición necesaria la ausencia de resolución de acusación, seguida de la privación efectiva de la libertad del procesado, por más de 120 días.

La pieza procesal, cuya inexistencia se exige, como una de las condiciones necesarias para el otorgamiento del precitado beneficio penal, es proferida por el Fiscal Penal Militar en la fase de calificación del mérito sumarial y con ella se marca la pauta del juicio, por contener, con connotación invariable, los hechos y la calificación jurídica del comportamiento por el cual deberá ser juzgado, en la etapa del juicio, el acusado.

Por otra parte entonces, la Ley 1407 de 2010, establece como condición para la concesión del beneficio de liberación provisional intentado, que no se haya presentado el escrito de acusación, luego de transcurrido 60 días de privación efectiva de la libertad del imputado.

El acto procesal que en esta legislación se demanda ausente, esto es, el escrito de acusación, también es presentado por el Fiscal Penal Militar y Policial del caso, pero el mismo, de una parte, se constituye en un acto complejo en tanto que se integra de dos momentos procesales: el primero, con la presentación por parte del Fiscal del caso del escrito ante el Juez de Conocimiento, y el segundo, con la formulación oral de la acusación que se hace dentro de la audiencia que lleva el mismo nombre.

De otra parte, también es materialmente distinto de la resolución de acusación, dado que sustancialmente se fundamenta en elementos diferentes, tal como se desprende del contenido de los artículos 479 y 480 de la Ley 1407 de 2010; pues mientras éste se soporta en *“los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida”*, la pieza acusatoria se estructura sobre pruebas propiamente dichas, esto es: *“cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho, su tipicidad y, además, existan **confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio** que comprometa la responsabilidad del procesado, como autor o partícipe.”*<sup>180</sup>(negrillas nuestras)

Los rasgos característicos anotados, de los presupuestos procesales que condicionan el reconocimiento de la libertad provisional, y que los hacen diferenciables y diferentes, obedecen al hecho de que cada uno de ellos fueron diseñados para operar en sistemáticas procedimentales disimiles, esto es, la resolución de acusación para funcionar en un sistema de corte inquisitivo y el escrito de acusación en un sistema de tendencia acusatoria.

Con el de tendencia acusatoria se redujeron los términos para la concesión de la liberación provisional, en la hipótesis atrás anotada, bajo el ideal de que se buscaba no solo que la Justicia Penal Militar estuviera a tono con las reformas Constitucionales y las legislaciones procesales imperantes en la mayor parte de



América, sino fundamentalmente i. el fortalecimiento de la función investigativa de la Fiscalía Penal Militar y Policial, es decir, que ésta dedicara sus esfuerzos en la recaudación de la prueba, ii. El establecimiento de un juicio oral, contradictorio y concentrado, iii. La modificación del principio de permanencia de la prueba por aquel según la cual la prueba se produce durante el mismo juicio oral, entre otras muchas.

En este orden de ideas, es nítido que si bien los presupuestos fácticos para la aplicación benévola de la liberación provisional contenida en la Ley 1407 de 2010, aparece acreditada, no ocurre lo mismo con los presupuestos procesales, pues como se viene de expresar son disimiles, de suerte que al no superar el test de favorabilidad del que atrás se hizo mención, mal puede esta Colegiatura acoger los planteamientos de la defensa.

Es que, hay que decirlo, importar la disposición querida por el apelante, para que tenga cabida en un sistema, que como se expresó es diametralmente opuesto, conlleva indefectiblemente a su desnaturalización y su desestructuración, por tanto, subráyese, tampoco se satisface la tercera condición básica que forma parte del llamado test de favorabilidad que la jurisprudencia penal estableció para la aplicación del precepto benévolo”. **(Rad. 158689 del 05 de mayo de 2017, M.P. TC. (RA) NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Segunda Sala de Decisión)**



### **68. MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.**

Ante la presencia de una causal de ausencia de responsabilidad no es viable su imposición.

“Como bien fuera expuesto por la representante del Ministerio Público ante esta instancia y por el juez de instrucción en la providencia apelada, los anteriores medios de convicción nos indican que respecto de la materialidad de la conducta no existe discusión alguna hasta este momento procesal, pues en efecto los sindicados presumiblemente cometieron una conducta típica de homicidio de una persona identificada como EJS, quien se encontraba cometiendo una conducta delictiva y fue perseguido por una patrulla policial, en cuyo procedimiento fue herido con un proyectil de arma de fuego en el cuello, el que de acuerdo con el informe pericial de necropsia le produjo una herida y posteriormente un trauma raquimedular que finalmente le causó la muerte<sup>181</sup>.

No obstante lo anterior, en relación con el elemento de la antijuridicidad, que junto con la tipicidad y la culpabilidad construyen la responsabilidad penal que se busca edificar en esta primera fase del indicio grave, como ya se anotó, la prueba hasta ahora allegada es indicativa que los procesados actuaron en legítima defensa, lo cual nos coloca ante la única salida procesal viable de abstención de imponer medida de aseguramiento en contra de los encartados, como en efecto lo hizo el instructor, pues al hacerse un efectivo control de legalidad por parte de la segunda



instancia respecto de la medida peticionada por el apelante, se concluye que ésta no cumple con las exigencias materiales que establece la ley para su proferimiento<sup>182</sup>.

En este orden de ideas, si la prueba obrante en el legajo señala la posibilidad de que exista una causal de ausencia de responsabilidad justificando la conducta de los sindicados, lo coherente y lógico es la no afectación de su libertad, ya que contrario a lo dicho por el impugnante en el proceso sí obra prueba suficiente demostrando que el hoy occiso portaba un arma de fuego en la comisión del hurto que perpetró junto con su acompañante el día de marras, y que con esa misma arma intimidó a los procesados una vez sintió la inminente acción de la Policía en su contra.

Y es que, además, las evidencias que refuerzan la anterior hipótesis gozan de plena validez en el paginario, como quiera que no han sido objetadas ni fueron obtenidas con violación de las garantías fundamentales de las partes, por ende, no pueden dejar de ser objeto de valoración probatoria como lo sugiere el apelante, quien orienta a esta Sala de Decisión hacia la conclusión que el fenecido se encontraba inerte e indefenso al momento que fue herido de muerte por los procesados” (Rad. 158796 del 25 de septiembre de 2018, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).



## 69. MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.

Fines. Peligro para la comunidad.

“El fin constitucional que busca evitar que el acusado se constituya en un peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima o de la Fuerza Pública<sup>183</sup> debe ser entendido de acuerdo con la sentencia C-1198/08 en la que se declaró exequible el apartado que en este sentido se describía en el artículo 310 de la Ley 906/2004, que cuando se estudia si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, no sería suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, sino que además el juez siempre debe entrar a valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a esa clase de medidas preventivas, los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1° a 4° del artículo 310 ibídem<sup>184</sup>.

Pues bien, cuando el Juez Militar valoró el peligro que representa la libertad de los patrulleros WAVQ y WAME para la seguridad de la sociedad o de la Fuerza Pública, no realizó el análisis de los anteriores requisitos de cara con las circunstancias que

182 ARTÍCULO 522. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO Y REQUISITOS SUSTANCIALES. “Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso”

183 Art. 466 No 2 de la Ley 1407 de 2010.

184 ARTÍCULO 310. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1760 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.



para nuestro ordenamiento especializado resultan de vital importancia, teniendo en cuenta los bienes jurídicos abstractos que se protegen, *verbi gratia* el del servicio, más cuando dentro de la comunidad militar y policial éste se constituye en uno de los pilares fundamentales para garantizar el cumplimiento de los fines de una institución jerarquizada.

La Judicatura encuentra que no existió motivación en este sentido por parte del a *quo*, desconociendo si nos podemos encontrar frente a la posibilidad de la reiteración de la supuesta conducta por parte de los implicados, sumado a que mediante el tipo de comportamiento realizado por los procesados, diera la impresión de una mínima significación, en tanto que pareciera que no se alcanzaría a afectar con ella materialmente el bien jurídico, ni se lograría atentar contra el servicio que soporta igualmente los cimientos de los fines constitucionales de la Policía Nacional frente a la ciudadanía y a sus propios integrantes, lo cual deberá ser motivo de una mayor investigación.

Pero además, por cuanto la juez de instrucción omite el análisis referente a que los procesados tienen domicilio conocido, y que por lo tanto se trata de dos personas con arraigo, que se encuentran plenamente identificados y no tienen antecedentes policiales, judiciales ni penales, lo que permite inferir que sus actuaciones no llegarían a entorpecer la actividad probatoria y menos a eludir el cumplimiento de una sentencia contraria a sus intereses.

Así las cosas, en cuanto al requisito que la privación de la libertad con imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, deba obedecer a unos motivos debidamente justificados en el contexto de la investigación y plasmados en el cuerpo de la providencia, es decir, sustentados probatoriamente frente a la tutela del bien jurídico protegido en la decisión y las consideraciones de las finalidades constitucionales admisibles para la misma, es claro para la Sala que en el presente auto objeto del recurso se adolece en todo sentido de éstos requerimientos; asistiéndole razón en este aspecto al defensor”. **(Rad. 158673 del 19 de abril de 2017, M.P. CR (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Primera Sala de decisión)**



## **70. MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.**

Para su imposición debe verificarse los fines constitucionales.

“Frente a los requisitos subjetivos o fines que deben reunirse para la aplicación de la medida de aseguramiento, en particular la privativa de la libertad, esta Corporación ha venido señalando de manera uniforme, pacífica y reiterada que, en virtud de la constitucionalización del derecho penal, se impone al juez militar aplicar criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad al momento de restringir un derecho fundamental de relevada importancia como la libertad individual. Razón por la cual se debe verificar, en cada caso, que se cumpla con uno o varios de los siguientes requisitos: i.) Que la medida se muestre como necesaria para



evitar la obstrucción al debido ejercicio de la justicia; ii.) Que el sujeto de la medida constituya peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima o de la Fuerza Pública; y iii.) Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia. Posición que finalmente consolidó el Tribunal Superior Militar en desarrollo de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia frente al tema<sup>185</sup> y a la expedición del nuevo Código Penal Militar o Ley 1407 de 2010.

En efecto, la Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades que, al igual que el juez ordinario, el juez militar no debe limitarse al examen formal de legalidad, sino que verificará, además, la legalidad material de la decisión restrictiva de la libertad. Para ello, debe analizar, consolidar y soportar las razones por las cuales encuentra que la adopción de la medida intramural resulta razonable, necesaria y proporcional. Al respecto el Tribunal Superior Militar estableció en uno de aquellos pronunciamientos: (...)

Así las cosas, ha de tenerse como base para la aplicación de la detención preventiva dentro del procedimiento castrense, no solamente el cumplimiento de los requisitos formales, sustanciales y objetivos, relativos al *quantum* punitivo del delito y a la exigencia mínima probatoria para predicar responsabilidad penal en grado de posibilidad, sino además, que ésta sea necesaria en relación con los fines que persigue, es decir, que la privación de la libertad se vislumbre como imperiosa para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, cuando éste constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima o de la Fuerza Pública, o cuando resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia". (Rad. 158652 del 14 de marzo de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión).



## 71. MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.

Requisitos para su imposición.

"En este tópico y conforme al estudio del proceso, de la decisión apelada y de los recursos verticales presentados por los defensores, advierte la Sala que les asiste razón a los impugnantes en tanto afirman en su libelo que el juez instructor debió tomar en cuenta todos y cada uno de los fines para imponer la medida de aseguramiento de detención en contra de sus procurados, limitándose el operador de justicia a exponer que la misma era necesaria, proporcional y razonable, sin realizar un verdadero análisis fundamentando su tesis, brindando razones jurídicas para esgrimir que era la única aplicable, como era su deber.

185 La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, estableció al respecto de la imposición de la detención preventiva en la jurisdicción penal militar, lo siguiente: "En las anteriores condiciones, siendo el derecho a la libertad uno de aquellos de naturaleza fundamental y de consagración Constitucional y que por ende se predica de todas las personas, procesadas ante cualquier jurisdicción, su afectación no podría tener un sustento diverso al que Constitucionalmente se le ha señalado de acuerdo con lo transcrito, por ello también la detención preventiva que se decreta en la justicia penal militar debe someterse a los fines previstos en la Carta así en su ordenamiento específico, esto es en el Código Penal Militar, no se le haya deferido un desarrollo legal, pues en dicho evento no podría hablarse de una integración legislativa con el ordenamiento procesal penal ordinario, sino simplemente del sometimiento de la medida a las previsiones de la Constitución Política" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 22188, abril 21 de 2004. M.P. Alfredo Gómez Quintero).



En virtud a estos señalamientos, considera la Sala relevante transliterar lo argumentado por el *A quo* en la decisión censurada, así: (...)

En efecto, al trasuntar las consideraciones con las que el Juez 69 de Instrucción Penal Militar sustentó la detención preventiva impuesta a los militares aquí investigados, advierte la Sala insuficiencia y languidez en sus argumentos, por ello emerge necesario recordar lo que en sendas oportunidades ha decantado este Colegiado Castrense frente a la materia, línea jurisprudencial que a todas luces desconoció el juez primario; por ello nos adentraremos en los presupuestos requeridos para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva.

Así entonces, una vez vinculado procesalmente a quien presuntamente ha incurrido en una conducta punible se le debe definir situación jurídica, bien imponiendo medida de aseguramiento en cualquiera de sus modalidades<sup>186</sup> en concordancia con los artículos 524, 527 y 529 de la Ley 522 de 1999-, o absteniéndose de hacerlo en el evento de no concurrir los requisitos formales y sustanciales establecidos en la ley, así como los fines perseguidos con la medida.

En este orden de ideas, el artículo 522 del Código Penal Militar -Ley 522 de 1999-, prevé que la medida de aseguramiento procede cuando contra el inculpaado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad derivado de las pruebas legalmente producidas en el proceso, entendiendo como tal la convicción del operador judicial, en grado de posibilidad<sup>187</sup>, que al sindicado le asiste responsabilidad penal por la conducta imputada.

Luego, en tratándose de medidas de aseguramiento se requiere determinar los fines buscados con su imposición, pues, aunque la Ley 522 de 1999 no lo haya previsto de manera expresa, sí ha sido desarrollado jurisprudencialmente atendiendo las preceptivas de orden constitucional, bajo el entendido que al momento de restringir la libertad de una persona de manera preventiva se hace necesario determinar la necesidad de limitarla de acuerdo a los fines que se persigue, disposición que hoy despliega la nueva Codificación Penal Militar -Ley 1407 de 2010- vale decir que, no solo se debe fijar la acreditación de los requisitos formales y sustanciales, sino además los fines constitucionales, en concordancia con el artículo 454<sup>188</sup> y 466 del Digesto Punitivo Castrense.

Ahora bien, los fines de la medida de aseguramiento descritos en el artículo 250.1 de la Carta Superior, y consagrados en el canon 466 de nuestro actual Código Penal Militar, garantizan: (i) Que el imputado o acusado no obstruya el debido ejercicio de

186 Previstas en el artículo 522 de la Ley 522 de 1999

187 Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal.- Radicado 16384 – sentencia 21 de enero de 2004.- MP: Doctora MARIANA PULIDO DE BARÓN: “De conformidad con la preceptiva del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, a diferencia del grado de conocimiento requerido en punto de imponer medida de aseguramiento (posibilidad), para proferir resolución de acusación (probabilidad), resulta indeclinable que la prueba obtenida en las diversas fases del proceso conduzca a la certeza de la conducta definida en la ley como delito y a la responsabilidad del acusado; para tal efecto, impera apreciar los medios de prueba en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según lo establece el artículo 238 del citado ordenamiento.”

188 Se hace referencia a la Ley 1407 de 2010.



la justicia, (ii) que no sea un peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima o de la Fuerza Pública; y (iii) que comparezca al proceso y cumpla la sentencia.

Aunado a lo anterior y en tratándose de la detención preventiva, debe avizorarse alguna de las hipótesis señaladas en el artículo 467 *Ejusdem*, esto es: a) Que se proceda por delitos que atenten contra la disciplina o el servicio, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad, b) que se trate de delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de dos (2) años; y/o c) que se esté en un evento en que se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.

Sumado a ello, debe el operador judicial aplicar lo que jurisprudencial y doctrinariamente se conoce como el test de proporcionalidad, herramienta interpretativa que permite establecer si la medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional, examen en cuya aplicación se ha de determinar que la medida esté contemplada desde el punto de vista legal y que la misma sea eficaz para alcanzar los fines constitucionales y legales antes descritos, luego, debe ser proporcional a la restricción del derecho que se trate, y necesaria en tanto no exista otro medio más benévolo para alcanzar el fin que se busca.

Ahora bien, hechas las anteriores precisiones, forzoso resulta mencionar que el señor Juez 69 de Instrucción Penal Militar consideró que se estructuraba un indicio grave de responsabilidad, acatando el requisito sustancial que demanda el artículo 522 de la Ley 522 de 1999, bajo el argumento que el oficial dejó la base militar y junto con el CP. BRRO se dedicaron a consumir bebidas embriagantes, abandonando estos militares sus deberes y protagonizando alteración del orden público, comportamiento que por sí mismo es constitutivo de conductas disciplinarias y penales.”(Rad. 158651 del 28 de marzo de 2017, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).



## 72. MIEDO INSUPERABLE.

Requisitos para que se constituya como causal de ausencia de responsabilidad penal.

“Al efecto, resulta oportuno precisar que el numeral 9º del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010 –nuevo Código Penal Militar- consagra como causal de ausencia de responsabilidad bajo la fórmula de que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando “*se obre impulsado por miedo insuperable*”, lo que significa que además de demostrar el “Miedo” debe probarse en él la connotación de “insuperable”, porque esta es una condición normativa necesaria para que el miedo tenga eficacia como eximente de responsabilidad, por lo que el “Miedo Insuperable”, es aquel que aun afectando psíquicamente al que lo sufre no excluye la voluntariedad de la acción, pero si lo priva de la normalidad necesaria para poder atribuirle responsabilidad



penal, ya que es Insuperable cuando es *superior a la exigencia media de soportar males y peligros*.

De ahí que no puede admitirse un Miedo Insuperable cuando se está ante una situación perfectamente controlable por un ciudadano común, pero que otro sujeto por su carácter pusilánime no tolera, prefiriendo cometer el delito, puesto que ha de ser un estado de ánimo que se apodera de la persona ante un peligro inminente que lo atemoriza de tal modo, que inhibido de sus actos volitivos, actúa conforme a lo que primero piensa hacer, lo que es necesario para salvarse de un ataque". (Rad. 158549 del 4 de mayo de 2017, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZARATE, Cuarta Sala de Decisión)



### 73. MULTA.

Su tasación se hace con base en el SMLMV para la fecha de los hechos.

"Como se ha venido precisando, mediante el auto del 12 de mayo de 2014 el Juez de Comando Aéreo 122 liquidó erradamente los 26 salarios impuestos como multa a los condenados, dado que dejó de lado la naturaleza jurídica de esta pena principal y con ello que su origen es el comportamiento delictual del individuo, en palabras de la Corte Constitucional se trata de una sanción pecuniaria que se impone con el fin de *"forzar, ante la intimidación de su aplicación, al infractor a fin de que no vuelva a desobedecer las determinaciones legales"*<sup>189</sup>, razón teleológica que sumada al principio de legalidad conlleva a establecer que la liquidación en concreto debe tener como fundamento el salario mínimo mensual legal vigente para la época de los hechos, más no el decretado por el Gobierno Nacional para la fecha de la condena, tal como ya lo ha reseñado esta Corporación<sup>190</sup>.

Sobre la cuantificación de la multa, tomando como base el salario mínimo legal vigente para la fecha de los hechos, se ha pronunciado tanto la doctrina<sup>191</sup> como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>192</sup>, siendo importante recordar lo dicho en una de tales providencias, así:

*"2- La Corporación debe aclarar que la interpretación que el censor deduce de las expresiones "salarios mínimos legales mensuales" (artículo 247A del Decreto Ley 100 de 1980, adicionado) y "salarios mínimos legales mensuales vigentes" (artículo 323 de la Ley 599 de 2000), en el sentido de que la primera se refiere a los salarios de la época de los hechos y la segunda a los del*

189 Sentencia C- 194 del 2 de marzo de 2005, Magistrado Ponente MARCO GERARDO MONROY CABRA

190 Tribunal Superior Militar, Cuarta Sala de Decisión, radicado 158005 sentencia del 27 de mayo de 2015, Magistrado Ponente CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA

191 Dosificación judicial de la pena, NELSON SARAY BOTERO, editorial Leyer, tercera edición

192 Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal- 29267, providencia del 16-09-2009, Magistrado Ponente ALFREDO GÓMEZ QUINTERO; radicado 29799, providencia del 12-05-2010, Magistrada Ponente MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS; radicado 30690, providencia del 09-03-2011, Magistrado Ponente JORGE LUIS QUINTERO MILANES



*tiempo de la sentencia, resulta desatinada, toda vez que ambas se refieren a la época de la comisión de la conducta típica.*

*La anterior conclusión encuentra sustento en el principio de legalidad, según el cual la cuantía y naturaleza de las penas debe estar determinada con anterioridad a la realización de la conducta punible; dígase, entonces, que así como el tiempo de la realización del comportamiento típico determina la norma que regula la pena privativa de la libertad aplicable, lo propio acontece con la pena pecuniaria (multa), con la única excepción del principio de favorabilidad, en sus dos aristas de retroactividad y ultraactividad.”<sup>193</sup>*

Bajo este contexto, cuando el *A quo* encontró que el auto del 12 de mayo de 2014 carecía de fundamento en tanto existía una errónea aplicación de las disposiciones legales, entró a revocarlo tácitamente tomando las medidas tendientes a deshacer lo hecho, es decir, a restablecer la situación tomando en consideración el salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de los hechos; decisión razonada y equilibrada para salvaguardar el debido proceso que como involucraba obligaciones de pagar dinero en cuantías distintas a las inicialmente liquidadas, obligaba al juez no solo a ponerla en conocimiento de los interesados directos, sino a permitirles que se pronunciaran respecto de su pago inmediato o por cuotas de acuerdo a las normas ya trasuntadas, pues se itera, con la nueva liquidación el monto a pagar variaba significativamente a favor de los sancionados, aspecto este que se vio reflejado a punto que uno de ellos canceló toda la obligación y el otro inició sus pagos. **(Rad. 156384 del 15 de febrero de 2017, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).**



## 74. NULIDAD.

Derecho de defensa e investigación integral. Importancia del dictamen psiquiátrico.

“Pero es más, en tratándose de un asunto de tan capital importancia para el proceso penal como quiera que atañe al establecimiento del “*Principio de Culpabilidad*”, habrá conculcación no convalidable del derecho de defensa del procesado si la prueba sobre las capacidades para valorar adecuadamente la juridicidad o antijuridicidad de su comportamiento y/o para regularse de conformidad con esa valoración es negada injustificadamente o no se practica pese a ser ordenada -supuestos de hecho diferentes al enunciado en los párrafos inmediatamente precedentes-, siendo su consecuencia igualmente la nulidad de lo actuado en tanto ello comporta la transgresión del prenombrado principio de acuerdo con el cual no hay lugar a imponer sanción sin dolo, culpa o preterintención y del cual dimana, como es apenas lógico, que sólo se pueda ser responsable por un acto cometido dentro de condiciones de elegibilidad, vale decir, con conocimiento y voluntad, tanto



del acto que se ejecuta u omite, como de la posición del sujeto frente a la conducta, esto es, del papel que el Estado o la sociedad le asigne o que él mismo asume y que lo vincula con uno u otra por la forma en que ese comportamiento trasciende.

Ante eventos como los apuntalados en los párrafos inmediatamente precedentes, enfatiza la Sala, sólo un remedio procesal se impone, el de la nulidad, pues existiendo franca distancia, no sólo en términos dogmáticos, sino también materiales, entre ejecutar una conducta típica y antijurídica con plena culpabilidad y el hacerlo sin esta, mal podría reputarse como expresión de justicia una decisión –cualquiera que ella sea- que se finca en una culpabilidad que en grado de probabilidad resultaba inexistente y así declara, no sólo la exigibilidad de conducta acorde a Derecho y la capacidad de actuar de conformidad con ello, sino además la responsabilidad penal.

Ello acontece en la presente actuación, misma que por vía del derecho a la doble instancia conoce esta Corporación y en la que refulgen irregularidades sustanciales lesivas de los derechos a un debido proceso –por razón de la inobservancia del precitado principio de la investigación integral- y a la defensa –habida cuenta de la no práctica de una prueba previamente decretada-, como se detallará acto seguido, en tanto existiendo una base objetiva real que permitía avizorar como probable que el sumariado al ejecutar los comportamientos típicos atribuidos en el discurrir procesal tenía afectadas sus esferas cognitiva y volitiva, lo que innegablemente ilustraba la necesidad de prueba pericial siquiátrica idónea para determinar o descartar judicialmente su condición de imputable o inimputable, esta fue en últimas pretermitida al abrigo de espurios argumentos, siendo reemplazada con un testimonio técnico, mismo por virtud del cual el Patrullero EALA fue reputado como imputable por los operadores de justicia que intervinieron en la presente causa penal y bajo dicho entendido fue acusado, juzgado y condenado.

Y es que desde los mismos albores de la pesquisa criminal se oteaba la presencia de serios y verosímiles antecedentes que enmarcaban el comportamiento del sujeto agente dentro de la proclividad a la transgresión de normas de comportamiento, ello en conexidad con la ingesta ética, ingesta que también circunstanció los hechos génesis de la presente actuación penal, y que aconsejaban de agraz la práctica de la antes mencionada pericia siquiátrica con miras a corroborar o desvirtuar un asunto de innegable trascendencia para la correcta aplicación de justicia en tanto referido a la capacidad del procesado de obrar con culpabilidad. (...)

Así las cosas, imperativo resulta en el presente asunto, para reestablecer el orden quebrantado con las irregularidades en cuestión, declarar la nulidad parcial de lo actuado en tanto no sólo resulta que de la información allegada en el informe génesis de la presente causa penal, de las historias clínicas del acriminado, de lo vertido por quienes rindieron testimonio en la actuación y de las manifestaciones hechas por aquél durante su diligencia de inquirir era plausible suponer que cuando ejecutó las conductas que se le vienen reprochando pudo tener afectadas su capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de regir sus actos conforme a ella, lo cual, a no dudar, hacía imperativa la



práctica de pericia psiquiátrica forense al precitado ex policial, sino además porque siendo decretada esta pericia por el juez investigador, al encontrarla precedente y conducente, no la llevó a cabo pudiendo hacerlo y pretendió suplir su ineficacia -y la misma prueba-, con un testimonio técnico que en manera alguna reúne las características de ciencia y técnica de aquella, en la cual la entrevista del procesado es el principal medio de evaluación del mismo y principal instrumento para su diagnóstico, quedando huérfano de verificación judicial, en consecuencia, la real imputabilidad del aquí condenado, presupuesto indefectible de culpabilidad en el juicio de responsabilidad penal”. **(Rad. 158683 del 23 de octubre de 2017, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



## 75. NULIDAD.

Debido proceso y derecho de defensa. Su invocación conjunta exige que los fundamentos de hecho que sustenten la nulidad sean diferentes.

“Al respecto, es importante destacar que el legislador, como medida idónea, ha considerado que todas las providencias que deban notificarse al sindicato privado de la libertad, deben ser personales en tanto ello le permite ejercer de manera efectiva y con sujeción a los postulados constitucionales su derecho de defensa. Pero no así al procesado en libertad y a su defensor, bastando en su caso citarlos por cualquier medio apto al efecto y si pasados dos (02) días no comparecen al despacho que los citare, el principio de publicidad anejo a las providencias judiciales se cumple por vía de la notificación supletoria pues, como es apenas obvio, el trámite procesal no puede quedar paralizado por razón de su inasistencia, sin que exija la norma que la citación se haga vía telefónica sino que se lleven a cabo las diligencias tendientes a obtener la comparecencia de aquellos.

Pero es más, incumbía al procesado, quien había sido escuchado en indagatoria el 06 de noviembre de 2014 con la asistencia profesional de abogado por él contratado, desplegar permanente atención al proceso y su desarrollo en tanto derecho suyo, lo que indudablemente le franqueaba el solicitar pruebas, como igualmente hiciera en aquella diligencia, y le hacía viable impetrar -por sí mismo o por interpuesto abogado- recursos contra las decisiones adoptadas, hacer peticiones para que se llevaran a cabo trámites adicionales, controvertir las pruebas de cargo, entre otras posibilidades de ejercicio de su derecho de defensa.

No empece, como dan cuenta las fojas, no hizo nada de ello, avizorándose no sólo que a pesar de entablarse comunicación con ACHCH al abonado de telefonía celular que refiere insistentemente el delegado del Ministerio Público para la práctica de la prueba testifical deprecada por dicho sumariado y reseñada ut supra, éste definitivamente no se interesare en ello, sino además que en el interregno procesal posterior no adoptó acción alguna al respecto, sin que a una inferencia tal se pueda oponer, como se hace en punto a la notificación de la decisión resolutoria de situación jurídica, que no recibió las citaciones libradas en las etapas de calificación y juicio en



tanto no obra en el plenario constancia de que hubieren sido devueltas como sí se da cuenta sucedió con las libradas para hacer efectiva aquel acto notificadorio, denotando todo ello, amén de una clara actitud renuente a presentarse ante las autoridades, un franco desinterés por materializar el derecho que se reputa conculcado.

Pero como si lo hasta aquí dicho fuera insuficiente para desestimar la petición del distinguido procurador en punto a la pretendida violación del derecho de defensa, habrá de señalarse que éste dejó de lado demostrar la trascendencia negativa para los intereses del procesado de la omisión que pregona, cómo ella impidió ejercitar a plenitud el contradictorio, indicar cuáles fueron las pruebas que se practicaron “sin defensa técnica y material” y cuál fue la incidencia de ello en la decisión confutada al punto que de haberse llevado a cabo la determinación judicial hubiere sido otra, falencias que definitivamente tornan impróspera su solicitud. (...)

Ahora bien, tampoco le asiste razón al señor procurador al fundar otros de sus reparos sobre el supuesto de que el proceso se encuentra viciado de nulidad en tanto se desconoció el derecho a contar con un defensor técnico de confianza escogido por el procesado en tanto fue remplazado por uno público con el prurito que éste no compareció, cuando esto fue consecuencia por no registrar su dirección y citarlo a la del procesado, y que otro tanto acontece respecto de lo manifestado por aquel en el sentido de actuar sólo para la diligencia de indagatoria puesto ello era inane de cara a los deberes que encarga la profesión de abogado.

Y es que, se habrá de decir, lo así postulado tampoco tiene la virtualidad de generar la anulación de la actuación, pues, en cuanto a lo primero, no tiene en cuenta el señor procurador que el abogado LECHC, quien fungió como defensor contractual del sindicado en la diligencia de inquirir y fue reconocido como tal en la misma, estaba facultado para ejercer el mandato no obstante haber manifestado en tal oportunidad procesal que sólo actuaría en la misma, lo que no impedía que a él se le enviaran las citaciones para efectos de notificación de la definición provisional de situación jurídica del SLP. JACHCH en tanto acto procesal inescindiblemente ligado a aquel.

Cierto es que dicho abogado fue reemplazado por un defensor público, pero ello no obedeció a lo que se pretende hacer ver en el concepto del representante del ente de control ante esta instancia, sino precisamente porque, como abogado contractual que era, sus servicios profesionales sólo fueron convenidos para actuar como defensor técnico del encausado en la referida actuación, tornándose obligatorio para la administración de justicia, en consecuencia, proveerle un defensor, remunerado o no, ante la desidia del procesado para nombrar otro defensor de confianza y su renuencia a ejercer su derecho de defensa material, ello como clara expresión de la garantía que en materia penal consagra el artículo 29 de la Carta Política y de lo reglado en la materia por el arto 8º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporados a nuestro ordenamiento interno a través de las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente, que forman parte del bloque de constitucionalidad por mandato expreso del artículo 93 de la Constitución Política.



Así las cosas, y en tanto lo argüido sobre la renuncia de un defensor sólo es predicable respecto del defensor de oficio -no del contractual que bien puede renunciar al mandato conferido en cualquier tiempo, ora pactarlo para una determinada actuación procesal-, y que, como sucede con lo anteriormente analizado, quien deprecia la declaratoria de nulidad por tal circunstancia, no dice nada, ni se desprende de la foliatura, sobre el porqué ello en este específico caso vulneró el debido proceso o el derecho de defensa del procesado, ni cómo -de haberse surtido la actuación con un defensor de confianza nombrado por este último-, se hubieren mantenido incólumes estos, habrá de declararse que no se advierte acreditada una circunstancia generadora de nulidad que torne inexorable su declaratoria”. **(Rad. 158656 del 30 de mayo de 2017, M.P. CN.(RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



## 76. NULIDAD.

Investigación integral y errada calificación jurídica.

“Lo anterior era necesario precisarlo porque del recuento argumentativo de la defensa, que no de su petición conclusiva, se logra comprender que una de las razones de su inconformidad con el fallo recurrido se vincula con la existencia de aparentes irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y el derecho de defensa de sus procurados judiciales; es por ello que la Sala abordará, de oficio, esta temática, atendiendo lo reglado en el canon 389 de la Ley 522 de 1999. (...)

Las anteriores precisiones fácticas eran del caso para señalar que, como lo destacó la defensa y asintió la delegada del Ministerio Público ante esta instancia, resulta evidente que esta investigación ciertamente cursó bajo la inobservancia del principio de investigación integral, cuya pretermisión tiene incidencia directa en el derecho de defensa y el debido proceso.

Dígase que las pesquisas aportadas desde sus inicios daban cuenta que en el lamentable episodio participaron no solo los aquí procesados, sino otros más; entre ellos, los Patrulleros JAOD, ESAN, DBM y RIGU. (...)

De lo anterior se sigue que era indispensable, con miras a la determinación de la verdad real, por virtud del imperativo legal<sup>194</sup> de auscultar no solo los aspectos que incriminan sino también aquellos que exoneran de responsabilidad, verificar las citas que los justiciados realizaron en sus descargos y las demás que propusieron para comprobar sus aseveraciones, tal como está determinado en el artículo 499 de la Ley 522 de 1999.

Pero lamentablemente nada de eso aquí se hizo; ningún esfuerzo investigativo se aprecia por parte del instructor para comprobar las explicaciones dadas por los mencionados uniformados; por el contrario, pasó por alto que era determinante realizar cuando menos, la reconstrucción del escenario de los hechos, fundamentalmente con auxilio de balísticos, fotógrafos y topógrafos, entre otros,



con miras a precisar la ubicación de los policiales, las víctimas, saber cómo era el terreno, y esencialmente cuál fue la trayectoria de los disparos.

Con mayor razón habrá que decirse, la prueba atrás anotada resultaba necesaria, pertinente y útil para la investigación, si se toma en consideración que las historias clínicas de las víctimas allegadas al paginario no contenían información médica acerca “...de las características de la lesión, es decir no hay descripción de los orificios de entrada y salida del proyectil de arma de fuego, en caso de que existieran, tampoco hay descripción del tipo de fractura, es decir si es una fractura conminuta o es una fractura completa o incompleta.”<sup>195</sup>; es decir, que si bien se conocía que los afectados tenían lesiones producidas por armas de fuego, no se sabía con qué tipo de arma se causaron, si fue con fusil, pistola etc. (...).

Así, con miras a determinar la verdad real, mal podía, como aconteció, que el despacho instructor inexcusablemente rehusara su facultad oficiosa y pretermitiera el decreto y la práctica de pruebas técnicas y de reconstrucción de los hechos antes comentadas, las cuales de haberse agotado de alguna manera hubieran incidido sustancialmente en el sentido de la decisión, ya que con ellas se lograría acreditar en el grado de convicción requerido, la tipicidad subjetiva del comportamiento, es decir, si en verdad las lesiones fueron culposas o con la finalidad de su acometimiento y si existió o no una causal excluyente de responsabilidad.

Lo expresado en virtud a que tanto los particulares que testificaron, como las víctimas, y los mismos procesados aseguraron que los disparos que se hicieron fueron al aire, sin embargo, las lesiones que presentan los afectados no tiene concordancia con disparos al aire. Para ser más precisos, no se entiende cómo, si los disparos fueron de la forma como se ha dicho, los particulares presenten sendos disparos en sus extremidades inferiores.

Es más, la vacilación es tal, que hasta en la misma pieza acusatoria se evidencia una imputación jurídica francamente imprecisa y dilógica, en punto de la tipicidad subjetiva, si se mira que en el escrito el mismo fiscal consideró la posibilidad de que se tratara de unas lesiones a título de dolo pero concluyó imputando unas culposas, (...).

En tal sentido, evidenciándose no solo una falta de investigación integral con impacto en el debido proceso y derecho defensa, sino también una errada calificación, por las explicaciones que preceden, con protuberante trascendencia en el derecho de defensa, sin que en nuestro sistema sea viable la variación de la calificación jurídica plasmada en la pieza acusatoria, la Sala no ve alternativa distinta que decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del cierre investigativo, con miras a que se subsanen las irregularidades procesales antes comentadas, de conformidad con lo regentado en el artículo 389 de la Ley 522 de 1999, y en esa dirección se agoten las pruebas echadas de menos”. **(Rad. 158453 del 19 de abril de 2017, M.P. TC. (RA) NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Segunda Sala de Decisión).**



## 77. NULIDAD.

Irregular vinculación como persona ausente.

“En punto a ese debido proceso, elevado a rango constitucional por el artículo 29 de la Constitución Nacional y sobre cuya dimensión e importancia ha sido prolífica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, se ha de rememorar que una de sus principales expresiones es la de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado de cometer un injusto penal, ello para que por vía de la diligencia de indagatoria y en ejercicio de su derecho a la defensa material, presente las explicaciones pertinentes frente a la imputación que se le hace y conozca y controvierta los fundamentos fácticos y probatorios de dicha imputación, permitiendo, además, que el funcionario judicial obtenga elementos de juicio que le posibiliten definir el curso de la investigación, bien en el sentido de demostrar la responsabilidad penal del encartado, ora en el de establecer la ausencia de la misma, cometido óptico de la actividad judicial que se materializa al interior del proceso penal través del denominado principio de investigación integral.

Dicho derecho ha sido entendido como la oportunidad reconocida a toda persona en el ámbito de cualquier actuación judicial o administrativa de “ser oído, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”, prerrogativa ésta de tal envergadura que constituye presupuesto para la realización de la justicia, evitando la arbitrariedad de los agentes estatales y una condena injusta.

Tal garantía constitucional bien puede ejercerse, como jurisprudencialmente ha sido reconocido, a través de la intervención directa del procesado (conocida como defensa material y que se materializa en la diligencia de indagatoria y a través de su asistencia en los actos procesales y diligencias en que la ley dispone y/o autoriza su presencia) o por vía de la representación (también denominada defensa técnica, que es la situación en la que no exigiéndose la presencia física del procesado, la defensa se ejerce por abogado escogido por él, o de oficio, durante las etapas de investigación, calificación y juzgamiento). (...)

Así las cosas, ante la contundencia de las reseñas jurisprudenciales parcialmente trasuntadas, prístinos se avizoran los yerros omisivos que permean la actuación que se revisa, mismos que fundamentan la decisión invalidatoria anunciada de agraz, en tanto en todas las etapas procesales, no solo soslayó flagrantemente la judicatura hacer lo necesario para hacer comparecer al sumario al procesado -informándole de la existencia del proceso adelantado en su contra-, sino además obvió utilizar todos los medios o instrumentos eficaces de que se disponía y que, de haberse agotado, hubieren avalado una vinculación residual o supletoria, ello en tanto los medios a los que se acudió al efecto -comunicaciones, órdenes de captura y citaciones-, fueron inidóneos bien porque se consignó información errada o imprecisa o incompleta, ora porque se dejó de



contar con la información pertinente de ubicación que procesalmente se poseía, resultando, en consecuencia, tales acciones inanes para el fin que se buscaba, revistiendo, por razón de ello, aquella actuación sólo ropaje formal de legalidad.

En primer lugar, se hace necesario precisar cómo el Juzgado 126 de Instructor pretermitió realizar lo necesario para comunicar adecuadamente al procesado, SLP WCS, una vez decidió abrir la instrucción penal en su contra, la existencia de dicha investigación con miras a que ejerciere sus derechos de defensa y contradicción, ello en la medida que se conformó con enviar dos comunicaciones al efecto, una de ellas al departamento de personal de la unidad orgánica del procesado ausente-olvidando que precisamente la génesis de la actuación era la ausencia del precitado uniformado-y la otra ala genérica dirección de “La Tola – Nariño” sin más elementos de ubicación, actuación con la que ya desde los albores de la actuación se empezaba a incubar la conculcación del derecho al debido proceso. Pero es más, no empece que los informes rendidos por el Comandante de la compañía “Alacrán” del Batallón de Infantería No. 8 “Batalla de Pichincha” 60 y por el Suboficial de Régimen Interno de la misma compañía<sup>61</sup> daban cuenta de que el imputado registraba el número celular 3146432775, ninguna acción registra el dossier sobre haberse intentado comunicación a dicho abonado telefónico en procura de enterar a aquel sobre el inicio de la acción penal en su contra”.

Como si el acto de comunicación hubiere cumplido su propósito, que no fue así itera esta Corporación, el intento de comparecencia y vinculación materializado en la expedición de las órdenes de captura Nos. 0753 y 0754 del 06 de agosto de 2014<sup>62</sup> tampoco puede reputarse como apto e idóneo en tanto ni siquiera contenía los datos básicos de ubicación del imputado, ni los de sus características físicas, ni su información filial, limitándose a consignar que la dirección del mismo era “LA TOLA – NARIÑO – SIN NOMENCLATURA” y como suyos los teléfonos 3207128187 y 3203099089- obviando el 3146432775-, prescindiendo, si se trataba de buscar precisión, de incluir otros datos pasibles de allegar rápidamente con sólo apurar al legajo el folio de vida, la tarjeta RM3 y el formato del seguro de vida del SLP.” **(Rad. 158569 del 14 de junio de 2017, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



## 78. NULIDAD.

Oportunidad para alegarla.

“No obstante lo anterior, la Sala debe puntualizar que de conformidad con la norma procesal militar en materia de nulidad<sup>196</sup>, éstas pueden alegarse por los sujetos procesales en cualquier estado del proceso, en tratándose de las nulidades surgidas en la etapa calificatoria o de juicio<sup>197</sup>, actuación que igualmente puede

196 Ley 522 de 1990 Artículo 390. Oportunidad para alegarla. Salvo las disposiciones en contrario, las causales de nulidad podrán alegarse en cualquier estado del proceso.

La parte que alegue una nulidad deberá determinar la causal que invoca y las razones en que se funda.

Cuando la nulidad alegada se refiera exclusivamente a un auto, solo podrá decretarse si no es procedente su revocatoria.

197 Tribunal Superior Militar, radicado No. 158684, julio 8 de 2017, MP. TC. Wilson Figueroa Gómez.



realizar el funcionario jurisdiccional de oficio cuando observe que efectivamente existe irregularidad sustancial que afecte el debido proceso o vulneración del derecho de defensa insubsanable de las establecidas en el artículo 388 de la Ley 522 de 1999<sup>198</sup>, ello en virtud al control de legalidad que corresponde ejercer oficiosamente a la autoridad judicial de conformidad con el artículo 389 de la misma norma<sup>199</sup>.

Conforme a lo anterior, la Sala precisa, como lo advirtiera la juez de instancia, que la nulidad planteada debió haberse invocado antes del término de ejecutoria de la resolución de acusación, dado que la aparente irregularidad se produjo durante el ciclo instructivo, puesto que si bien surgió en el proceso de notificación del auto que declaró el cierre de la investigación proferido por la fiscalía militar, dicha etapa solo concluye con la ejecutoria de esta última decisión, por tanto, mientras la providencia que declara el cierre del ciclo instructivo no haya quedado en firme la fase investigativa no ha concluido.

En otras palabras, la fase instructiva solo finaliza cuando la providencia que declaró su cierre ha quedado debidamente ejecutoriada, razón por la cual las solicitudes de nulidad de actuaciones irregulares producidas con anterioridad a este hito procesal deben invocarse antes de producirse la ejecutoria de la resolución de acusación, puesto que de no realizarse en dicha oportunidad solo podrán ser debatidas en el recurso de casación, conforme lo señala el artículo 391 del Código Penal Militar de 1999.

No obstante lo anterior, la Sala no encuentra fundada la solicitud de nulidad presentada por el representante del Ministerio Público ante la primera instancia, por cuanto verificada la notificación supletoria efectuada a la defensa no se registra irregularidad alguna que contenga un defecto que socave la estructura del proceso o lesionan las garantías de los sujetos procesales, ni registre una incidencia en la actuación que afecte materialmente garantía procesal alguna<sup>200</sup>.

Por el contrario, ningún vicio se advierte en el trámite adelantado por la Fiscalía de Escuelas de Formación para notificar de manera supletoria el auto de fecha 25 de mayo de 2017, puesto que la norma procesal penal militar que rige los actos de notificación, determina que los autos de sustanciación deben notificarse de manera personal si las partes se presentan dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha de la providencia, pasados los cuales la notificación se efectuara por estado, siendo obligatoria la notificación personal únicamente para el procesado que se encuentre privado de la libertad y para el Ministerio Público<sup>201</sup>.

198 Ley 522 de 1999, Artículo 389. Oportunidad para decretar la nulidad. En cualquier estado del proceso en que el juez, en primera o segunda instancia, advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del auto cuya nulidad declara.

199 Ley 522 de 1999. Artículo 389. Oportunidad para decretar la nulidad. En cualquier estado del proceso en que el juez, en primera o segunda instancia, advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del auto cuya nulidad declara.

200 Radicado No. 23099 del 11 de abril de 2008, MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

201 Artículo 341 ley 522 de 1999.



En esas condiciones, verificado el expediente se observa comunicación dirigida a la defensora MRCC de fecha 26 de mayo de 2017, en la que se le informó de la decisión de cierre de investigación para que se presentara a notificarse de la misma conforme lo dispone el artículo 341 del Código Penal Militar, sin que compareciera por lo que se acudió a la notificación supletoria conforme lo señala la norma procesal correspondiente<sup>202</sup>.

Por otra parte, el hecho de que la defensora de oficio haya presentado ante la Fiscalía Militar solicitud encaminada a sustituir el poder el 6 de junio de 2017<sup>203</sup>, de ninguna manera permite afirmar que a partir de la fecha el procesado haya carecido de defensa técnica, puesto que el cargo de defensor de oficio no podía ser sustituido a voluntad de la profesional del derecho, solo pudiendo excusarse de su ejercicio por enfermedad grave, incompatibilidad de intereses, ser servidor público, tener a su cargo tres (3) o más defensas de oficio, o cuando exista una razón que a juicio del funcionario de conocimiento pueda incidir negativamente en la defensa del imputado o resultar violatoria de los derechos fundamentales de la persona designada<sup>204</sup>.

Así las cosas, la tacita renuncia de la defensora de oficio no produce efecto alguno, menos pone término a su función, hasta tanto no se acepte por parte del despacho y se provea la designación de un nuevo defensor de oficio o la asignación de un defensor público como ocurrió en este evento.

Finalmente, pese a que la Sala estima que se garantizó al procesado el derecho a la defensa durante la actuación, como arriba se advirtió, tampoco existe nulidad de aceptarse la tesis del recurrente relativa a que por haberse presentada la solicitud de “sustitución” de poder por parte de la defensora de oficio el procesado careció de defensa técnica desde el cierre de la investigación hasta la calificación del mérito de sumario. Ello es así, en tanto el planteamiento del procurador es meramente formal, puesto que ninguna consecuencia adversa para los intereses del procesado asigna a dicha situación, al punto que señala que por tratarse de un delito tramitado a través del procedimiento especial no había traslado a las partes para presentar alegatos previos a la calificación.

Por tanto, la aparente ausencia del defensor ninguna trascendencia registra para los intereses del procesado, puesto que no alcanza a tener la potencialidad lesiva que, con fundamento en las nulidades, obligue a retrotraer lo actuado, ya que en el sub iudice no existía la posibilidad de presentar alegatos pre calificatorios y de haberse requerido pruebas distintas a las practicadas durante la fase instructiva éstas hubieran podido ser solicitadas en la audiencia de corte marcial” (**Rad. 158802 del 11 de julio de 2018, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión**).



202 Cuaderno original 1, folio 151.

203 Cuaderno original 1, folio 125.

204 Numeral 21 artículo 28 Ley 1123 de 2007.



## 79. NULIDAD.

Indebido trámite del recurso de reposición.

“Como se advierte, el trámite del recurso de Reposición establece un procedimiento reglado, subordinado a unos cánones procesales que condicionan su validez, y que en el caso de los Autos Interlocutorios a diferencia de los Autos de Sustanciación impone la obligación al operador jurídico de “ordenar que la solicitud permanezca en la Secretaría por el término de tres (03) días a disposición de las partes”, puesto que con ello se dan a conocer -tanto la impugnación como lo actuado- a los sujetos procesales, máxime cuando como ocurre en este caso que concita nuestra atención se trata de los procesados y sus defensores, preservando su interés jurídico en la intervención en la actuación, por lo que su desconocimiento afecta el desarrollo y ritualidad propia del proceso, y de contera conculca el Derecho Fundamental del Debido Proceso, que entre otros, impone dentro de la observancia del procedimiento que la impugnación se resuelva para todos los casos dentro de los tres (03) días siguientes.

Tenemos entonces, que cuando el numeral 2º del artículo 357 de la Ley 522 de 1999 –Código Penal Militar- para el trámite del recurso de Reposición en tratándose de Autos de Interlocutorios dispone mandatariamente que “se ordenará que la solicitud permanezca en la secretaría por el término de tres (03) días a disposición de las partes”, entraña un acto reglado y, por lo mismo, sujeto a la observancia de una medida legal que condicionan su validez, la cual al ser desconocida vulnera sin discusión el Debido Proceso y, consecuentemente, puede conllevar a la afectación del Derecho de Defensa, máxime si se tiene en cuenta que dicho trámite establecido es el acto a través del cual se permite conocer a las partes la actividad de los sujetos procesales dentro de la actuación (para el caso subexamine la del Ministerio Público ante el A Quo), que son quienes tienen un interés jurídico para intervenir dentro del proceso penal.

Pero inexplicablemente el señor Juez 180 de Instrucción Penal Militar al subsanar parcialmente las novedades advertidas por el honorable Magistrado Ponente en el Auto de Sustanciación fechado 16 de Agosto de 2016<sup>205</sup>, olvida de un lado tomar la decisión que en derecho corresponda, esto es el Decreto de Nulidad, respecto a la Cesación de Procedimiento proferida “a favor del señor AG.MTT, quien no ha sido vinculado al presente proceso penal”<sup>206</sup>, y de otro lado, también relega que dicho decreto de Nulidad debía afectar la actuación surtida a partir del Auto de Sustanciación fechado 06 de Julio de 2016<sup>207</sup> con el que se deja “la investigación a disposición de las partes en la secretaría del despacho, conforme a lo dispuesto por el artículo 356 y siguientes y 458 de la Ley 522 de 1999.”<sup>208</sup>, para luego, desatar el recurso horizontal a través del proveído del 13 de Julio de 2016 <sup>209</sup>, dado el

205 Cuaderno original N° 2, folios 357 y 358

206 Cuaderno original N° 2, folios 357 y 358

207 Cuaderno original N° 2, folio 323

208 Cuaderno original N° 2, folio 323

209 Cuaderno original N° 2, folios 324 al 342



impacto que produjo la irregularidad detectada por el ponente, y que evidencia en el precitado Auto de Sustanciación fechado 16 de Agosto de 2016<sup>210</sup>.

Ello, porque el Auto de Sustanciación fechado 06 de Julio de 2016<sup>211</sup> con el que se deja *“la investigación a disposición de las partes en la secretaría del despacho, conforme a lo dispuesto por el artículo 356 y siguientes y 458 de la Ley 522 de 1999.”*<sup>212</sup>, esta cobijado con el vicio de la anomalía advertida por lo que se afecta su validez, toda vez que la actuación irregular devino desde la misma falta de notificación a los procesados y sus defensores como por ausencia de notificación supletoria de la providencia adiada 23 de Junio de 2016<sup>213</sup>, mediante la cual el Juzgado Instructor se abstuvo de decretar Medida de Aseguramiento a los señores PT. RAPC, PT. JACA y AG. MTT y consecuente con ello, dispuso Cesar Procedimiento a su favor por la presunta comisión del delito de Lesiones Personales, decisión que corresponde a un Auto Interlocutorio y no un Auto de Sustanciación, y de cuya ejecutoria formal dependía la procedencia del precitado Auto de Sustanciación fechado 06 de Julio de 2016<sup>214</sup>, de donde se predica que debe rehacerse la actuación a partir de este estadio procesal, máxime cuando con tal irregularidad se desconocieron términos judiciales perentorios de traslado a los no recurrentes, y que en el caso han impedido la participación en ellos precisamente de los procesados y sus abogados.

Así las cosas, la novedad que aquí se advierte se dirige por los lineamientos del Debido Proceso, toda vez que las irregularidades o los errores en que incurre el funcionario judicial en el trámite procesal de las decisiones proferidas dentro del proceso penal atañen al desarrollo y a la ritualidad propia del mismo, sin desconocer obviamente, que por regla general tal afectación vulnera el Derecho de Defensa, puesto que ese carácter de actuación reglada es lo que lleva a concluir que cuando se *“ordene que la solicitud permanezca en la Secretaría por el término de tres (3) días a disposición de las partes”* como preámbulo para dar tránsito a la resolución del recurso de Reposición, es evidente que se trata de un acto de comunicación normativizada y, por ende, regido también por el principio de Legalidad, puesto que sólo si en su ejecución se da cumplimiento a la norma que lo regula, tendrá carácter y efectos vinculantes que materializan el respeto por el Debido Proceso”. **(Rad. 158526 del 28 de febrero de 2017, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZARATE, Cuarta Sala de Decisión).**



210 Cuaderno original N° 2, folios 357 y 358

211 Cuaderno original N° 2, folio 323

212 Cuaderno original N° 2, folio 323

213 Cuaderno original N° 2, folios 284 a 315

214 Cuaderno original N° 2, folio 323



## 80. OBEDIENCIA DEBIDA.

Es una obediencia reflexiva, el subalterno es responsable por el cumplimiento de órdenes ilícitas.

“Debe tenerse en cuenta, que una orden contraria a la ley no tendría la virtualidad de destruir la responsabilidad que le asiste al pluricitado Suboficial en los hechos investigados, pues recuérdese que la misma Ley 836 de 2003 –Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares – censura el acatamiento de órdenes ilegítimas, eximiendo al Subalterno del deber de observarlas, pero responsabilizándolo cuando las cumple o ejecuta: (...)

Pues como bien lo enseña el precedente jurisprudencial en materia Disciplinaria, en el ámbito de la Disciplina Militar la "Obediencia Debida" no es una obediencia ciega sino reflexiva, en virtud de lo cual el Subalterno es responsable por el cumplimiento de órdenes ilícitas, toda vez que le asiste el deber del examen sobre la licitud del contenido de la orden, ya que es inevitable distinguir entre la obediencia militar que se debe observar por el inferior para que no se quiebre la Disciplina y la que, desbordando las barreras del orden razonable, implica un seguimiento ciego de las instrucciones impartidas por el superior(CCNC- T-582-16)<sup>74</sup>, razón por la cual la obediencia ciega o absolutamente irreflexiva, no se admite como causal de exoneración cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo y notorio para el agente que la ejecuta, como bien lo ha aquilatado la Honorable Corte Constitucional”. (Rad. 156560 del 31 de mayo de 2017, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZARATE, Cuarta Sala de Decisión).



## 81. OBSERVANCIA DE LAS FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO.

Presupuesto del debido proceso. Decisiones mixtas pueden ser adoptadas en una misma providencia.

“La obligación de los funcionarios judiciales de observar los procedimientos establecidos anticipadamente en la ley, está inmersa en el artículo 29 de la Constitución Política como una de las muchas manifestaciones del debido proceso, garantía que la doctrina ha denominado como el respeto por las formas propias de cada juicio. Principio según el cual, corresponde a la ley establecer los procedimientos y formas conforme a los cuales se adelantan y juzgan las más diversas causas y asuntos, lo que, a su vez, constituye una salvaguarda a la seguridad jurídica y a los intereses de los sujetos procesales que intervienen en el litigio, así como a los principios de legalidad e igualdad.

En estas condiciones, sustraerse de resolver los asuntos sometidos a consideración en la oportunidad que señala la ley, así como crear arbitrariamente formas procesales al margen del procedimiento creado legalmente, con el pretexto de asegurar un supuesto garantismo penal, constituye flagrantemente una violación



al debido proceso por la inobservancia de las formas propias de cada juicio que pueden invalidar la actuación.

Recuérdese que, el proceso penal militar, rituado bajo la Ley 522 de 1999, se caracteriza por tener bien definidas tres etapas, a saber: la instrucción, la calificación y el juicio. Fases que se distinguen entre sí por tener sus propias particularidades, diferente director del proceso y distinta finalidad, las cuales concluyen por actos procesales que permiten la sucesión progresiva de la fase siguiente permitiendo que la actuación avance de manera ordenada y preclusiva. Esquema procesal que en su esencia no sufre alteración cuando se trata del procedimiento ordinario o especial. (...)

La Sala encuentra que el actuar de la juez de instancia resultó irregular puesto que omitió resolver la solicitud de nulidad presentada en la oportunidad procesal correspondiente, petición que se sustrajo de resolver como lo demanda la ley a través de una decisión interlocutoria la cual debía proferir antes de realizar la audiencia de corte marcial. (...)

Actuación que, si bien inobservó las formas propias del juicio penal militar y constituyen una irregularidad como antes se anotó, en el presente asunto no tiene la entidad suficiente para afectar en concreto las garantías del procesado en tanto las decisiones judiciales pueden ser de carácter mixto, es decir, puedan tener naturaleza tanto de auto como de sentencia. Criterio que es aceptado por la Corte Suprema de Justicia toda vez que se trata de una práctica judicial que por cuestiones de economía procesal en nada modifica la esencia de la providencia judicial proferida, de allí que la instancia respectiva atendiendo el factor de competencia pueda pronunciarse respecto de la parte que se cuestione a través de los recursos de ley, posición que esa alta Corporación adoptó, cuando sostuvo:

“En efecto, el pronunciamiento emitido por la Corporación judicial el 24 de octubre de 2014 es de carácter mixto, pues contiene determinaciones que revisten tanto naturaleza de sentencia como de auto. Entre estos últimos se encuentra la decisión en la cual se dispuso la nulidad de lo actuado en los términos antes señalados.

*El tema relacionado con el carácter mixto de algunas decisiones ha sido ya tratado por la Sala, señalando al respecto que aunque es práctica usual en los despachos judiciales "que por razones de economía procesal, se incluyan dentro de una misma providencia decisiones de carácter distinto, como ocurre cuando en un proveído interlocutorio se ordenan pruebas, o cuando en una sentencia de instancia se decretan nulidades parciales o se declara la extinción de la acción penal por un delito o respecto de uno de los procesados, sin que ello traduzca modificación de la naturaleza jurídica de la decisión de menor entidad, la cual continúa definiéndose por su contenido, conforme a la clasificación que de las providencias judiciales trae el artículo 179 del*



*Código de Procedimiento Penal" (CSJ AP, 2 de jul. 2008, rad. 29799; en el mismo sentido, AP 20 de abr. 2005, rad 20005).*

*Cuando ocurre esa situación el recurso extraordinario sólo procede respecto al segmento que tiene el carácter de sentencia, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 205 de la Ley 600 de 2000, el referido medio de impugnación únicamente resulta viable contra fallos proferidos en sede de segunda instancia.”<sup>215</sup>*

En el caso bajo examen, el Juzgado XXX profirió una providencia de carácter mixto el XXX, dado que contiene una decisión interlocutoria que resolvió una petición de nulidad invocada por el representante del Ministerio Público ante la Primera Instancia, y por otro, la sentencia definitiva que fue recurrida por el mismo sujeto procesal y la defensa. De manera que, aunque la juez debió resolver la solicitud de nulidad en la oportunidad correspondiente y no en el fallo, dicha situación si bien resulta irregular no conculca de manera efectiva el debido proceso, el derecho de defensa o la estructura del proceso penal.

De manera, pues, que pese a que la juez omitió resolver la solicitud de nulidad antes de dar inicio a la audiencia de corte marcial o en desarrollo de la misma, dicha situación no afecta realmente ninguna garantía de los sujetos procesales, puesto que como se advirtió la funcionaria de primera instancia resolvió la solicitud de nulidad en la sentencia, asunto que hoy concita la atención de la Sala dado que contra la decisión se interpuso el recurso de apelación, luego en virtud del principio de trascendencia no hay lugar a decretar la nulidad oficiosa de la actuación, siendo necesario estudiar el recurso presentado”. **(Rad. 158860 del 26 de julio de 2018, M.P. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión)**



## 82. ORDEN.

No es obligatorio su cumplimiento cuando de la ejecución de la misma se derive una conducta delictiva.

“Volviendo al concepto de orden, a fin de determinar si el oficio que sirvió de pábulo para la presente investigación, tiene la entidad de una orden del servicio, acudimos a la descripción que de la misma hace el diccionario de la Real Academia de la Lengua donde se entiende por orden “[el] mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar”, y a su vez, el Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares de Colombia<sup>216</sup> exige unos requisitos que debe contener la orden, como lo es que debe de ser “legítima, lógica, oportuna, clara, precisa y concisa”<sup>217</sup>, y lo que se aprecia en el documento de marras, no es otra cosa que una autorización para que por parte del procesado SV.TSA, se recojan unos elementos del Almacén Combipinturas; pero si en gracia de discusión se predicara que aquello es una orden y que, como lo sostiene el recurrente, ello generó la sindicación de su cliente en la

215 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 46382 del 20-09-16, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa.

216 Ley 836 de 2003

217 Artículo 31 Op.Cit.



comisión de un hecho punible, el mismo no estaba en la obligación de cumplirla, pues el propio reglamento en cita en su artículo 33 inciso 2 prescribe respecto a la responsabilidad de la orden, que: “Cuando el subalterno que la recibe advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de una conducta punible..., el subalterno no está obligado a obedecerla y deberá exponer al superior las razones de su negativa”(subrayas fuera del texto), no encontrándose ninguna mención por parte del defensor del suboficial o de éste, o evidencia procesal que dé cuenta que el subalterno hubiera hecho algún tipo de manifestación al respecto, por lo que se despacha de manera desfavorable su petición.

Curiosamente el profesional del derecho, intenta ahora explicar el actuar de su defendido, no en una causal de justificación sino en una causal de inculpabilidad como lo es la insuperable coacción ajena, debido a la relación de subordinación por el grado que ostentaba el Comandante del Batallón de A.S.P.C.No.8, respecto del SV.TSA”.  
**(Rad. 158502 del 31 de marzo de 2017, M.P. TC. (RA) NORIS TOLOZA GONZÁLEZ).**



### 83. PARTE CIVIL EN EL PROCESO PENAL.

Están legitimados para constituirse como tal, la víctima y el perjudicado. Debe comprobarse la presencia de un perjuicio real y específico originado en la conducta investigada. Las personas jurídicas públicas no son sujeto de daño moral de ningún tipo.

“La jurisprudencia Constitucional y Penal ha establecido reiteradamente que la víctima y el perjudicado al resultar afectados con la conducta punible tienen el derecho de reclamar la reparación de los daños materiales y morales, así como perseguir verdad y justicia, para lo cual pueden constituirse en parte civil dentro del proceso penal.

En consecuencia, se encontrarán legitimados para constituirse como parte civil dentro de una causa penal determinada, quienes ostenten la condición de víctima o perjudicado con el delito (legitimación en la causa). Términos que corresponden a conceptos distintos, que han sido definidos por la propia Corte Constitucional, que frente al tema estableció: “la víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría de “perjudicado” tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito”<sup>218</sup>.

Por consiguiente, quien alegue ser perjudicado debe haber sufrido un perjuicio directo y preciso, no necesariamente de contenido patrimonial, con la conducta punible que se investiga. Condición que le permite no sólo reclamar el pago de los perjuicios (materiales y morales) derivados de la comisión del delito, sino acudir a la jurisdicción en procura de obtener verdad y justicia. En esos términos la Corte Constitucional manifestó: (...)



Así las cosas, se haya legitimado en causa para constituirse como parte civil dentro del proceso penal el perjudicado con la comisión de una conducta punible, que puede ser toda persona natural o jurídica que haya sufrido un daño real, concreto y específico y que, conforme a esta connotación e interés en la participación del proceso ya sea de carácter indemnizatorio o en aras al establecimiento de la verdad y la justicia, debe demostrar la ocurrencia de una afectación a un interés jurídico personal o colectivo susceptible de protección constitucional y legal como lo ha señalado el mencionado Tribunal Constitucional en su sentencia de tutela T-589 de 2005, precisando que: “Las víctimas o perjudicado con la comisión de una conducta punible, para constituirse legalmente en parte civil, deben acreditar la existencia de un daño concreto real y específico que legitime su participación en el proceso penal, o en otras palabras, demostrar la ocurrencia de una afectación a un interés jurídico personal o colectivo susceptible de protección constitucional”<sup>219</sup>.

Acreditada la legitimación en la causa, bastará al funcionario judicial verificar que el accionante está autorizado y tiene capacidad para actuar por sí mismo en el proceso o que su apoderado se encuentra habilitado legalmente para atender su representación, en tal caso se reconocerá como parte civil dentro de la causa (legitimación procesal)<sup>220</sup>.

Pese a que inicialmente la participación de la parte civil se encontraba restringida dentro del proceso penal militar exclusivamente para contribuir a la búsqueda de la verdad, con la declaratoria de inexecutable parcial de los artículos 107 y 305 del Código Penal Militar de 1999<sup>221</sup>, la Corte Constitucional desarrolló una amplia teoría jurisprudencial alrededor de la figura de la parte civil, permitiendo que ésta tenga un acceso pleno al proceso penal militar, no sólo para obtener una reparación económica, sino también para satisfacer sus derechos a la verdad y a la justicia<sup>222</sup>.

Por consiguiente, dentro del proceso penal de tendencia inquisitiva establecido por la Ley 522 de 1999, la parte civil puede intervenir en procura de buscar la verdad y la justicia o para obtener una reparación económica. Así las cosas, si la pretensión es el pago de los perjuicios y por contera esclarecer los hechos y hacer justicia, la víctima o perjudicado están obligadas a demostrar la ocurrencia del daño económico. Sin embargo, si su intención es únicamente la verdad y justicia, carece de capacidad para elevar peticiones orientadas al pago de las pérdidas económicas y su compensación<sup>223</sup>.

Ello implica, que en ambos casos el perjudicado debe comprobar la presencia de un perjuicio real y específico originado en la conducta investigada. Con todo, de pretenderse por la parte civil la reparación de los daños materiales y morales originados por la conducta punible, está compelida a demostrar la existencia de una afectación o daño (material o moral), establecer el valor de lo reclamado, los hechos en los cuales se fundamentan y el nexo directo entre los perjuicios que debió soportar y las conductas averiguadas.(...)

219 Tribunal Superior Militar, Rad. 154066 del 13 de abril de 2009, MP. CN. Carlos Alberto Dulce Pereira.

220 CSJ, Auto del 13 de mayo de 2008, Rad. 26848.

221 Corte Constitucional, sentencia C-1149 de 2011, MP. Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA.

222 Tribunal Superior Militar, Rad. 157429 del 07 de marzo de 2013, MP. CR. Ismael Enrique López Criollo.

223 CSJ, Auto del 19 de septiembre de 2012, Rad. 38525.



En resumidas cuentas, cuando la pretensión tiene por objeto el pago de los perjuicios, le concierne al accionante en materia civil fijar el monto indemnizatorio, puesto que en el evento de que se profiera fallo declarativo de responsabilidad penal éste deberá ser congruente con lo pretendido por la parte civil<sup>224</sup>. Frente a este preciso aspecto, corresponde en cada caso concreto, a quien pretenda constituirse en parte civil, en primer término apreciar el daño o perjuicio y, seguidamente, presentar una aproximada apreciación del monto de los mismos causados con la infracción, aun cuando no pueda ser valorable pecuniariamente, puesto que el artículo 97 del Código Penal faculta al juez para establecer una indemnización por daños morales hasta de mil (1000) gramos oro, teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado, así como el pago de los perjuicios materiales siempre y cuando se prueben dentro de la actuación.

Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia penal ha determinado que los perjuicios morales pueden ser objetivados y subjetivados. Los primeros, hacen relación a la disminución de la capacidad productiva o laboral de la persona agraviada y por lo tanto pueden ser cuantificados pecuniariamente. Los subjetivados en cambio, corresponden a aquellos daños que lesionan el fuero interno de las personas, que se traducen en tristeza dolor o aflicción y no pueden ser valorados económicamente, cuya indemnización se fija en la forma prevista en el Código Penal.

Como consecuencia de la conducta punible, la persona natural puede sufrir daños morales objetivados y subjetivados, **la persona jurídica derecho privado, por el contrario, sólo puede verse afectada por daños morales objetivados, mientras que las personas jurídicas públicas no son sujeto de daño moral de ningún tipo,** “por cuanto siendo su creación constitucional o legal, la comisión de un delito en su contra no tiene la posibilidad de reducir la prestación del servicio público que le es propia, y menos de poner en riesgo su supervivencia”<sup>225</sup>. **(Rad. 158239 del 25 de mayo de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión).**



## 84. PECULADO CULPOSO.

Alcance del fuero penal militar. Relación funcional.

“El procesado en su escrito de apelación solicitó, de una parte, la declaratoria de nulidad por violación a la garantía fundamental del juez natural, indicando que fue condenado por un juez penal militar cuando quien debió conocer de su asunto era la jurisdicción ordinaria; y de otra, entabló la revocatoria de la condena, asunto que analizaremos en otro de los acápites de esta decisión.

Soportó la petición de nulidad en que el hecho ocurrió mientras llevaba a cabo una práctica deportiva particular y la pérdida del arma no fue en desarrollo correspondía desarrollar, no menos cierto es que desarrollaba actos de bienestar reglados por la institución, mantenía su condición de

224 CSJ. Rad. 35594 del 30 de enero de 2013, MP. Luis Guillermo Salazar Otero.

225 CSJ. Rad. 19464 del 18 de junio de 2002, MP. Edgar Lombana Trujillo.



oficial activo de la Policía Nacional<sup>19</sup> y su cargo de Jefe de la Unidad Básica de Investigación Criminal del Municipio de Fusagasugá, circunstancias éstas por las que precisamente se le había asignado de manera permanente y en razón del servicio el arma de dotación oficial objeto de pérdida, sobre la que le recaía en consecuencia la obligación de cuidado y custodia en todo momento.

Bajo ese contexto, habrá de decirse, que el Teniente RMM para el momento de los hechos mantenía una correspondencia próxima y directa entre las funciones inherentes a su cargo y a su condición de oficial de la Policía Nacional, en relación con el arma de fuego que producto de ello la institución policial le había dotado de manera individual para que la portara en todo momento<sup>20</sup>, razones éstas por lo que no puede afirmarse, como lo hace el censor, que no se activó el fuero penal militar, o que éste se aplica de manera desproporcionada e ilegítima. Aunado a todo lo dicho, cuando el oficial solicitó el arma para su dotación con permanencia, lo hizo como servidor público y en su condición de Jefe de Criminalística, no como un particular, de allí que se desprende la relación directa con la función que se le asignó.

Tanto es así, que fue mismo TE. RMM quien, en atención a su traslado a la municipalidad de Fusagasugá en el mes de julio de 2009, decidió solicitar el arma de dotación oficial con oficio de data 16 de julio de 2009<sup>22</sup>, indicando como argumento principal que era requerida para la prestación del servicio por razones de su cargo y por cuanto en la unidad donde laboraría no había suficientes armas de fuego. Se itera entonces, que a consecuencia de la petición fue que con acta de dotación individual No. 09118 del 18 de julio de 2009<sup>23</sup> se le asignó al procesado la pistola Sig Sauer calibre 9mm, con número SP0155115, modelo SP2022, junto con dos proveedores para la misma". (**Rad. 158759 del 21 de marzo de 2018, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión.**)



## 85. PECULADO POR APROPIACIÓN.

Disponibilidad material del bien.

"Desde la óptica del bien jurídico tutelado cual es la administración pública, el recto ejercicio de la función estatal de custodia y administración de bienes, los que al servidor público se le han confiado por razón o con ocasión de sus funciones, se ha de desarrollar la estructura del punible de peculado por apropiación, en cuanto a los sujetos que lo integran (activo y pasivo), la acción que se configura desde el verbo determinador de apropiarse, el resultado pues es un tipo esencialmente de lesión y el nexo de causalidad. Desde esta generalidad enunciativa del peculado por apropiación, la Sala se ocupará de la conducta del sujeto agente en cuanto a apropiarse desde el elemento descriptivo de la acción que debe desarrollar el sujeto agente por razón o con ocasión de sus funciones, por ser este uno de los planteamientos del apelante.

La defensa señala que su defendido el S1. JLCP, no era jurídicamente el almacenista de los bienes de la Dirección de Telemática de la Armada Nacional



y en tal sentido, no tendría ningún deber de custodia sobre los mismos, por lo tanto considera la defensa, no es posible atribuirle ninguna responsabilidad.

Tal planteamiento no está llamado a prosperar bajo la premisa que en el elemento descriptivo de la conducta del peculado, la acción que desarrolla el agente se debe realizar por razón o con ocasión de sus funciones, no se refiere exclusivamente a un poder de disposición por adscripción legal, sino que también es viable la relación de hecho del funcionario con la cosa (CSJ. Rad.25290 oct.2006); en el caso sub júdice el S1. JLCP, al tener los bienes en la bodega de la cual es el administrador y custodio, ejerció una relación de hecho con los mencionados bienes que le concedían poder de disposición sobre los mismos, al punto que los manipuló para reorganizarlos y ubicarlos en un solo lugar, generando así una disposición sobre los bienes material y directa por fuera de la vigilancia que le está atribuida a aquella persona titular por adscripción legal del bien.

De manera que la disponibilidad de hecho que tiene el sujeto activo sobre el bien, genera la posibilidad de atribuir la facultad de administrar y guardar que demanda el tipo penal del peculado, en tal sentido existe fuente de imputación al S1. JLCP, dada su disponibilidad material y de hecho con los bienes que hoy se reputan faltantes, dicha relación de hecho y disponibilidad material, deja al margen al titular de la disponibilidad jurídica del bien.

En el caso sub júdice, el S1. JLCP, se desempeñaba como almacenista de los bienes del Estado, Ministerio de Defensa – Fuerzas Militares, específicamente Dirección de Telemática del Comando General y dado ese rol funcional, el SMCIM. EQP pidió su apoyo para guardar bienes que si bien son del Ministerio de Defensa – Fuerzas Militares, estaban bajo la titularidad jurídica de la Dirección de Telemática de la Armada Nacional. En este contexto ha de diferenciarse la disponibilidad jurídica que tenía sobre los bienes el SMCIM. EQP, de la disponibilidad material que llegó a tener el S1. JLCP, desde el momento en que los bienes ingresaron de hecho a la bodega que el administraba y es esta última relación material y de hecho (CSJ 13 jul.2006 Rad.25266), la que permite atribuir la imputación de peculado por apropiación.

**8.4.-** Corolario de lo anterior, los bienes denunciados como perdidos pertenecientes a la Dirección de Telemática de la Armada Nacional, fueron guardados en una de las bodegas de las que disponía el almacén de la Dirección de Telemática del Comando General de las Fuerzas Militares, específicamente una ubicada en las instalaciones del Batallón “Las Juanas” en la ciudad de Bogotá, en la que el señor S1. JLCP almacenista de la Dirección de Telemática del Comando General de las Fuerzas Militares encargado de aquella bodega, tenía la disponibilidad material sobre los bienes referidos que llegaron a su custodia dado el rol funcional que ocupaba para el momento de los hechos.

Los bienes faltantes del inventario de la Dirección de Telemática de la Armada Nacional, fueron sacados por el señor S1. JLCP aprovechando la disponibilidad material que él tenía sobre ellos conforme lo indica la prueba testimonial obrante en las diligencias. De manera que del procesado se puede reputar su calidad de servidor



público quien tenía la administración, tenencia o custodia desde una disponibilidad material sobre los bienes de la Dirección de Telemática de la Armada Nacional.

El S1. JLCP de manera lícita recibió en sus bodegas los bienes que aquí se reputan faltantes y aprovechando su disponibilidad material sobre los mismos, resolvió apropiarse de ellos sacándolos de la esfera de custodia del Estado – bodega Batallón “Las Juanas”, causando una lesión al bien jurídico tutelado (CSJ. Rad. 19582 jul.2004) de la administración pública, pues con la conducta de sacarlos de aquella área de custodia se quebrantaron los deberes profesionales y el normal funcionamiento de la administración pública, adicional a ello, la propia seguridad de los bienes públicos, se afectó con la pérdida; en otras palabras, la conducta del S1. JLCP es constitutiva de falta a los deberes de fidelidad entre el funcionario y el patrimonio público, afectando el normal funcionamiento de la administración como bien jurídico protegido.

Las anteriores argumentaciones sirven para despachar desfavorablemente las pretensiones de la apelante, en el sentido que el hecho de no existir un acta firmada por el S1. JLCP como constancia de recibido de aquellos bienes, no implica que los mismos no hayan estado bajo su disposición material, específicamente en la bodega del Batallón “Las Juanas”. **(Rad. 158487 del 24 de marzo de 2017, M.P. CR (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Tercera Sala de Decisión).**



## 86. PECULADO SOBRE BIENES DE DOTACIÓN.

Naturaleza. Momento consumativo. Entendimiento desde la nueva teoría del delito.

“Esto impone recordar, habida cuenta de la atipicidad que pregona el censor y de la orientación dogmática en que se finca la nueva teoría del delito en Colombia, que en virtud de la tipicidad, es necesario, de una parte, que la conducta se adecúe a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, ingredientes, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento, y de otra, que cumpla con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido que de conformidad con el artículo 23 del Código Penal Militar de 2010<sup>226</sup>, norma aplicable en lo sustantivo al caso sub judice, todos los tipos de la parte especial requieren de una conducta dolosa, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.

Conteste con ello, resulta más que pertinente rememorar lo que en pretéritas oportunidades ha acrisolado esta Corporación<sup>227</sup> en punto a la estructura dogmática del delito de peculado sobre bienes de dotación que fue imputado fáctica y jurídicamente al procesado en sede de indagatoria, ello en providencia de

226 Ley 1407 de 2010. Artículo 23. **Modalidades de la conducta punible.** La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados en la ley.

227 Tribunal Superior Militar. Sala Tercera de Decisión. Radicado 158203 del 15 de julio de 2015. M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA.



la cual fuere ponente quien esta oportunidad cumple idéntico rol y que se citará in extenso habida cuenta de su importancia para la resolución del caso sometido a conocimiento de este Colegiado:

***(...) A propósito del momento consumativo del reato objeto de disquisición y del prenombrado provecho, es oportuno agregar - ante la protesta del apelante en cuanto a que no se demostró plenamente la acción de apropiación como tampoco la tipicidad de la conducta dado que no está demostrada la materialidad del ilícito y por ende no se cumple el requisito que para imponer sentencia condenatoria exige el artículo 522 de la Ley 1407 de 2010- que no es necesario para la integral estructuración del punible, como se acotó párrafos atrás, que la apropiación, entendida como actos de uti dominis llevados a cabo con el designio criminal de no reintegrar la cosa apropiada, reporte un provecho necesariamente identificable con el perseguido por el sujeto agente y cuantificable por su valor económico, por su cantidad o por el tiempo de apropiación, pues **basta que por un lado haya cualquier beneficio, utilidad, goce, disfrute o ventaja derivado de la irregular apropiación y por otro que el servidor público haya sido dueño del proceso causal que dio por resultado que la Administración Pública fuera desapoderada, a instancias del infiel servidor, del bien que le es propio a esta última, así ello lo sea por un momento fugaz, para que, sin más, el delito le sea atribuido. (...)*****

*En uno y otro evento el provecho que en específico pretendía el sujeto agente no se llega a materializar, pero ello no quiere significar que el acto de apropiación no se haya dado o que la conducta haya quedado en el ámbito de la tentativa o que la misma sea atípica por falta de ese ingrediente normativo del “provecho”. En ambos casos es patente que el servidor público dispuso del bien como si fuera el dueño, con utis domini – ese es el goce o beneficio en últimas alcanzado -, al igual que es palmar la sustracción de tales bienes de la órbita de custodia de su legal propietario con el correlativo desapoderamiento de éste, que tales actos fueron llevados a cabo sin ánimo de restituir o devolver la cosa y que el bien jurídico objeto de protección fue lesionado, pues no sólo se privó a la Administración Pública de la posibilidad de servirse de tales bienes, si no que además, comportamientos así ejecutados aparejan desconfianza contra el servicio público y afectan la imagen, la transparencia y la respetabilidad de la administración. (...)*

*En torno al proceso consumativo del peculium que se caracteriza por la apropiación de bienes entregados a título no traslativo de dominio a un servidor estatal (bien sea para su administración, custodia o tenencia), como es el caso del injusto por el que se procede, conteste ha sido la jurisprudencia, siendo del caso traer a colación las siguientes decisiones, dentro de las cuales, precisa la Sala señalar, se halla la reseñada por el recurrente en su escrito:*



*“Teniendo en cuenta estos supuestos fácticos, resulta evidente para la Sala que **el libelista confunde la consumación del delito con su agotamiento** para efectos de establecer la competencia de los juzgadores. Es claro que **el punible de peculado por apropiación es de carácter instantáneo, como quiera que se consuma cuando el bien público es apropiado, es decir, cuando mediante un acto externo de disposición de la cosa o de incorporación de ella al patrimonio, se evidencia el ánimo de detentarla.**”*

*Así, entonces, en nada desnaturaliza el comportamiento punible del procesado el hecho de que los citados títulos valores, habiendo sido sustraídos de la Tesorería del Municipio de Sibaté, se hubiesen cobrado en lugares distintos a la jurisdicción de esta localidad, toda vez que fue allí donde tuvo lugar la apropiación, ya que mediante la sustracción de esos bienes públicos se evidenció el ánimo apropiatorio, por lo que el adelantamiento del juicio correspondía a los juzgados penales del circuito de Soacha.”<sup>228</sup> (Negrillas y subrayas propias).*

*“En efecto, los comportamientos punibles objeto de juzgamiento dicen relación con las acciones delictivas desplegadas en su momento por cada uno de los implicados en este asunto, mas no con los actos ejecutados por otras personas con posterioridad a la ejecución de aquéllos. En ese orden de ideas, cabe precisar que como uno de los delitos imputados a los procesados es el de peculado por apropiación, **ha de reiterarse lo ya dicho por la Sala en oportunidades pretéritas respecto de dicha conducta punible, que por ser un tipo penal de carácter instantáneo, su consumación se produce cuando el bien público es apropiado, esto es, cuando mediante un acto externo de disposición de la cosa o de incorporación de ella al patrimonio, se evidencia el ánimo de detentarla.**”<sup>229</sup> (Negrillas y subrayas propias).*

*“Así las cosas, no corresponde a la realidad la afirmación del apelante respecto a la ausencia de prueba sobre la apropiación de dineros del Estado, por cuanto quedó plenamente acreditado que en la totalidad de actuaciones laborales (10) en que intervino la Juez Primera Laboral y que determinaron el inicio de la investigación penal, a los demandantes les fueron canceladas las sumas ordenadas en los correspondientes mandamientos de pago.*

***Tampoco es factible hablar en esta oportunidad de la configuración del punible de peculado por apropiación en grado de tentativa, toda vez que la conducta se entiende consumada cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado***

228 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Octubre 25 de 2001. Radicado 13355. MP JORGE CÓRDOBA POVEDA.

229 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Marzo 27 de 2003. MP JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU.



***con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de sus recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre efectivamente a disfrutar o gozar de aquellos, basta con el hecho de impedir que el Estado siga disponiendo de los recursos confiados al servidor público...”*<sup>230</sup> (Negrillas fuera del original)”<sup>231</sup>(...)**

Descendidas la anteriores precisiones dogmáticas al evento *sub examine*, resulta fácilmente colegible el porqué del sentido de la decisión anunciada de agraz por esta Corporación, pues resulta incontrovertible la improcedencia de acceder a la pretendida revocatoria, y menos aún a una cesación de procedimiento, con apalancamiento en aseveraciones genéricas, indefinidas e indemostradas sobre el supuesto de hecho del cual deriva el censor la atipicidad de la conducta del sumariado, con mayor razón cuando omite demostrar argumentativamente hablando en qué erró el *A quo* al dar por probadas las faces objetiva y subjetiva de la conducta peculadora enrostrada al SLR. JDTR y, además de ello, confunde el momento consumativo de dicha conducta, pues ni en el interregno procesal, ni en la providencia confutada, se ha aseverado que esto último haya acontecido cuando el mencionado bajo banderas arribare a la casa de un familiar en Duitama (Boyacá) y allí se quedare dormido, *memento* sobre el cual gravita el esfuerzo retórico del apelante y que ya había sido precedido en el tiempo, es bueno precisar, por el desapoderamiento para la Administración Pública de los bienes –arma de fuego, munición de guerra y material de intendencia- entregados como dotación al precitado, ello como consecuencia de los actos de *uti dominis* llevados a cabo por el procesado.

Actos, se enfatiza, que se dieron horas antes, coetáneamente con la salida desautorizada de la repartición militar a la cual se hallaba asignado el SLR. JDTR, quien pretermitió de paso asumir el servicio de centinela para el cual fuere nombrado en orden del día<sup>232</sup> que le fuere leída en formación general, y que naturalísticamente hablando consistieron en llevarse consigo, sustrayéndolo de la órbita de custodia del Estado, el material de guerra e intendencia<sup>233</sup> cuya custodia y tenencia le había sido confiada dada su calidad de soldado del Ejército Nacional, manifestación comportamental que se erigió en indiscutible expresión de disposición de dicho material y con la cual, habida cuenta de tratarse de un delito de resultado y de ejecución instantánea, ya se producía la consumación material del injusto culpable investigado, misma que el impugnante, se itera, desacertadamente sitúa en suceso espacio temporal posterior”. **(Rad. 158886 del 11 de abril de 2018, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



230 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Octubre 10 de 2012. Radicado 38396. MP LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

231 Tribunal Superior Militar. Radicado 158203 del 15 de julio de 2015. M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA.

232 Folio 112 C.C.1. Orden del día No. 415 del comando de la sección “Corcel 12” del Grupo de Caballería Mecanizado No. 1 “General JOSÉ MIGUEL SILVA PLAZAS” del Ejército Nacional.

233 Material enlistado en el documento de fecha 12 de febrero de 2018 obrante a folio 04 del cuaderno de copias No. 1 y que da cuenta de su recuperación al momento de la aprehensión en flagrancia del SLR. JOSÉ DANILO TINJACÁ RODRÍGUEZ.



## 87. PECULADO.

Atenuación punitiva por reintegro del bien.

“Reintegrar según el Diccionario de la lengua, significa restituir o satisfacer íntegramente una cosa, reconstituir la merma de integridad de una cosa, recobrase enteramente de lo que se había perdido o dejado de poseer; de ahí, que en el punible de Peculado –Peculado Culposo- el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor actualizado con intereses que disminuye la Pena, comporta una circunstancia de Atenuación Punitiva especial para este punible, porque ello “significa dos cosas: de una parte, el arrepentimiento por la conducta realizada en detrimento de los derechos del Estado, y por otro lado que se trata de un incentivo de que se vale la ley para lograr la recuperación del caudal perdido por causa del delito de sus propios servidores.

Como se advierte, el Reintegro en los términos señalados por la norma en cita, amerita la concesión de las prerrogativas de la disminución de la Pena allí prevista, como beneficio punitivo autorizado por la Ley, por la misma vocación que entraña un acto emanado de la propia voluntad, precisamente, porque lo que se pretende con la previsión legal es crear un estímulo punitivo para tratar de lograr que el Estado recupere, al menos parcialmente, los bienes de los cuales fue despojado, de ahí, que debe existir una relación causal estímulo-reintegro que no es predicable cuando éste no responde a la voluntad de quien habría de beneficiarse de la rebaja punitiva, como bien lo ha aquilatado la Honorable Corte Suprema de Justicia: (...)

Lo anterior significa, que normativa y probatoriamente es viable acceder a esta petición incoada por el señor Doctor JAUDLP –Fiscal 165 Penal Militar-, máxime cuando tal Reintegro no responde a la vocación que entraña un acto emanado de la propia voluntad, y menos aún, cuando dicha decisión del A Quo en la Sentencia de primera instancia adiada el 27 de Octubre de 2016<sup>234</sup> se cimentó en una hipótesis que no cuenta con el respaldo demostrativo correspondiente con que se pretende hacer valer”. (Rad. 158606 del 30 de junio de 2017, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZARATE, Cuarta Sala de Decisión).



## 88. PERMISO ADMINISTRATIVO DE 72 HORAS PARA CONDENADOS.

Autoridad competente para otorgarlo. Vigencia del requisito objetivo relativo al cumplimiento del 70% de la pena impuesta, en los delitos de competencia de los jueces del circuito especializado.

“Proemio de las acompasadas elucubraciones jurídico racionales que impone la resolución del recurso de alzada, precisa esta Corporación recordar que para la misma resulta diamantino que no empece señalar la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, en su artículo 147, canon que no sufre modificación



alguna al expedirse la Ley 1709 de 2014<sup>235</sup>, que el permiso de hasta 72 horas epicentro de la impugnación incoada, podrá ser concedido “*por la dirección del instituto penitenciario y carcelario*”<sup>236</sup>, resulta inobjetable que en tratándose de los beneficios administrativos regulados por dicha codificación, dentro de los cuales se enlista el precitado permiso, la facultad para su concesión, o no, está reservada al juez de ejecución de penas<sup>237</sup>, sin que la catalogación de tales beneficios como administrativos, suponga una competencia de autoridades de tal naturaleza – administrativa- para establecer las condiciones o eventos en los cuales aquellos resultan procedentes o improcedentes.

Y ello es así, en tanto si bien dichas autoridades detentaron la competencia al efecto con la entrada en vigor del antes citado códex penitenciario y carcelario, la misma fue trasladada a aquellos jueces al expedirse la Ley 600 de 2000, norma aplicable al rito penal militar por vía de integración normativa<sup>238</sup>, y por considerarse que cualquier medida administrativa que afecte las condiciones de cumplimiento de la condena y/o el tiempo de privación efectiva de la libertad de un condenado debe ser aprobada por la autoridad judicial encargada de ejecutar la pena, pues este aspecto está expresamente reservado al juez de ejecución, quedando en cabeza de la autoridad administrativa únicamente la potestad de presentar propuestas o allegar las solicitudes de reconocimiento de esos beneficios(..).

Elucidado lo anterior, se habrá de recordar que el inconformismo que plantea el recurrente respecto de la decisión apelada y en el cual centra su pretensión recursiva, se circunscribe a que el requisito que se exige para la obtención del permiso administrativo de hasta 72 horas contenido en el numeral 5º del artículo 147 de la Ley 65 de 1993<sup>239</sup>, esto es “*Haber descontado el setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, tratándose de condenados por los delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados*”, no puede aplicarse por cuanto el mismo perdió vigencia por virtud de lo estatuido por los artículos 49 y 53 de la Ley 504 de 1999. Ello, afirma, conlleva a que sea suficiente el haber descontado una tercera (1/3) parte de la pena que cumple, fracción que da por cumplida hecha la sumatoria de privación física de la libertad y de redención de pena por estudio.

Asertos de tal naturaleza imponen la revisión de la última de las leyes en cita con miras a determinar si la razón está, o no, de parte del impugnante, evidenciándose meridiano como resultado de ello que el artículo 29<sup>240</sup> de dicha

235 “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”.

236 Ley 65 de 1993, artículo 147.

237 Por expresa disposición de los artículos 584 y s.s. de la Ley 522 de 1999, codificación aplicable en lo ritual a los procesos penales a cargo de esta jurisdicción foral, dicha función la cumple el juez militar que conoció del proceso en primera o única instancia.

238 Ley 522 de 1999, artículo 18, “Integración. En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este código, son aplicables las disposiciones de los Códigos Penal, Procesal Penal, Civil, Procesal Civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este Código”.

Ley 1407 de 2010, artículo 14, “Integración. En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este Código, son aplicables las disposiciones de los Códigos, penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este Código”.

239 “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”.

240 Ley 504 de 1999, “Por la cual se derogan y modifican algunas disposiciones del Decreto 2700 de 1991, y de los Decretos-leyes 2790 de 1990, 2271 de 1991, 2376 de 1991, Ley 65 de 1993, Ley 333 de 1996 y Ley 282 de 1996 y se dictan otras disposiciones”, publicada en el Diario oficial No 43.618, de 29 de junio de 1999, artículo 29, “El numeral 5o. del artículo 147 de la Ley 65 de



norma legal introdujo una modificación al artículo 147 de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, ello en el sentido de incrementar el quantum punitivo regulado en su numeral 5º como requisito objetivo para acceder al beneficio administrativo del permiso de hasta 72 horas, al *“setenta por ciento (70%) de la pena impuesta”* en tratándose de condenados por delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, delitos dentro de los cuales el artejo 35.2 de la Ley 906 de 2004<sup>241</sup>, vigente para la época de los hechos -26 de junio de 2005- enlistaba el homicidio agravado, mismo por el cual, en concurso con los reatos de hurto agravado y falsa alarma, fuere condenado el apelante.

A hora bien, cierto es que el artículo 49 de la Ley 504 de 1999 preceptuó que las normas en ella incluidas *“tendrán una vigencia máxima de ocho años (8) años”* y que el artículo 53 *ejusdem* señaló que la vigencia de la mencionada ley, será a partir del *“1o. de julio de 1999”*, lo que -habida cuenta la misma entró en vigor el 1º de julio de 1999- en principio aparejaba que aquella vigencia fenecería el 1º de julio de 2007, pero no menos cierto es que la Ley 1142 de 2007<sup>242</sup>, que comenzó a regir el 28 de junio de 2007, antes de perder vigencia la Ley 504 de 1999, en su artículo 46, que modificó el artículo 21 del Capítulo IV Transitorio de la Ley 600 de 2000, dispuso que *“Las normas incluidas en este capítulo tendrán vigencia hasta que terminen los procesos iniciados por hechos ocurridos en vigencia de esta ley...”*, resultando prístino así que el artículo en precedencia amplió con carácter indefinido la vigencia de las normas contenidas en la Ley 504 de 1999, entre ellas el artículo 29 de la misma que modificara el numeral 5º del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, en el sentido reseñado ut supra.

Lo anterior, conlleva a la inexorable conclusión de que el presupuesto objetivo regulado en el numeral 5º del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, obviamente con la última de las modificaciones en cita, se encuentra vigente y se erige en requisito sine qua non es dable acceder a la concesión del beneficio administrativo de hasta 72 horas en tratándose de condenados por delitos de competencia de los juzgados penales del circuito especializado, inobjetable circunstancia que infirma lo aseverado por el recurrente, da al traste con su pretensión y se traduce en la emisión de un juicio negativo frente al beneficio reclamado, con mayor razón cuando la exigencia normativa en comento cuenta con el aval de la Corporación guardiana de la indemnidad de la Carta Política<sup>243</sup>.

1993 quedará así: "Artículo 147. Permiso hasta de setenta y dos (72) horas. So. Haber descontado el setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, tratándose de condenados por los delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados".

241 Publicada en el Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004

242 "Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana".

243 Corte Constitucional, sentencia C-708 de 2002, M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, *“Las referidas normas, en su orden, se refieren al permiso por 72 horas que pueden obtener los condenados por delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializado, cuando hayan descontado el 70% de la pena impuesta... (...) No encuentra la Corte contradicción alguna entre las normas mencionadas y la Constitución. En tal virtud, serán declaradas exequibles. (...) Del análisis de dicho fallo se concluye que el estudio de la Ley 504 de 1999 se realizó frente a normas constitucionales, entre ellas el artículo 13 Superior, que es el fundamento del cargo que formula el actor en su demanda”*.



Es más, sobre la prenombrada vigencia, prolífica y uniforme ha sido la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción foral<sup>244</sup>, siendo del caso evocar aquella en que se dijo:

“(…) Inadvierte el actor que tal como con acierto lo hizo ver el Tribunal y la Sala de Casación Penal de esta Corporación lo definió en Sala de Decisión de Tutelas<sup>245</sup>, el precepto en discusión conserva su vigencia como quiera que el artículo 46 de la Ley 1142 de 2007 amplió con carácter indefinido las normas incluidas en el capítulo IV Transitorio de la Ley 600 de 2000, es decir, las que regulan la justicia penal especializada.

En ese orden, es claro, entonces, que para las autoridades judiciales accionadas se imponía la aplicación del numeral 5º del artículo 147 de la Ley 63 de 1993 con la modificación introducida por el artículo 29 de la Ley 504 de 1999 y la correspondiente verificación de los presupuestos normativos allí exigidos, ejercicio que en el caso concreto arrojó resultados desfavorables a las pretensiones del sentenciado e impidió la concesión del beneficio reclamado por cuanto se insiste, el demandante fue juzgado por la justicia especializada y no ha descontado el 70% de la pena impuesta.”.

Pronunciamiento reiterado en posteriores oportunidades, entre ellas en la sentencia de tutela STP742-2017 del 26 de enero de 2017, M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, radicado No. 89933, que no 899933 como fuere consignado en el concepto de la distinguida representante del Ministerio Público ante esta instancia (...)

A lo hasta acá dicho precisa añadir la Sala, que desacertada resulta la manifestación del censor en el sentido que el artículo 11 de la Ley 733 de 2002 derogó de manera tácita el requisito del cumplimiento del 70% de la pena para la concesión del permiso administrativo de hasta 72 horas respecto de condenas impartidas por los delitos de competencia de los jueces de circuito especializado, ello en primer lugar, por cuanto la finalidad de la citada norma era la de dictar medidas “*tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión*”, sin guardar relación alguna con los delitos por los que se investigó, acusó y juzgó al recurrente, y, en segundo lugar, porque allí nada se habla de modificar la Ley 65 de 1993 y menos de agregar o suprimir requisitos para la concesión del permiso administrativo de 72 horas a los condenados por los antes citados delitos, resultando inane, así, cualquier pretensión orientada a la aplicación por favorabilidad del artejo 5º de la Ley 890 de 2004<sup>246</sup> que derogó el citado artículo 11 de la Ley 733 de 2002,

244 Cfr. STP, abril 06 de 2011, radicación No. 53486, reiterada en los fallos CSJ STP, julio 05 de 2012, radicación No. 61435; STP, junio de 2014, radicación No. 73858; y STP13443-2016, septiembre 21 de 2016, radicación NO. 88122, entre otras.

245 Cfr. sentencia del 17 de junio de 2010, radicación 48.606.

246 Ley 890 de 2004, artículo 5º, “El artículo 64 del Código Penal quedará así: Artículo 64. Libertad condicional. El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad previa valoración de la gravedad de la conducta punible, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación a la víctima.



menos aun cuando el mismo lo que regula son los presupuestos objetivos para acceder al subrogado penal de la libertad condicional, no aquellos que son anejos al beneficio administrativo que pretende el SLR. ® G HA". (Rad. 157953 del 21 de mayo de 2018, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).



## 89. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN DELITOS TÍPICAMENTE MILITARES.

Incremento por la calidad de servidor público.

“Hasta la etapa procesal que se surte encontramos que en efecto al encausado se le resolvió su situación jurídica por el delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales y como quiera que el artículo 108 de la Ley 1407 de 2010 sanciona esta conducta con pena privativa de libertad de 1 a 2 años para la hipótesis estructurada, imperativo a priori sería concluir que la acción penal se haya extinguido por haber transcurrido desde la fecha de consumación de la conducta hasta el momento procesal más de cinco (5) años<sup>247</sup>.

Sin embargo, como bien lo han deprecado tanto el Juez 53 de Instrucción Penal Militar en el auto interlocutorio objeto de recurso como en el trámite del traslado por parte del respetado Procurador 1 Judicial II Apoyo a Víctimas, no es posible aceptar tal tesis primaria porque con ella se estaría aceptando de una parte, que el punible atribuido es un delito típico militar cometido por un servidor público en servicio activo y ligado al ejercicio de sus funciones militares, pero por el otro se desconocería que los institutos procesales que regulan el proceso penal como lo son entre otros, el de la prescripción no podían seguir las reglas ordinarias que se le aplican a todos servidores públicos que por principio de igualdad deben integrar y complementar nuestra codificación.

Luego el aumento al lapso mínimo de cinco (5) años que establece el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 obedece no ha criterios de interpretación sino de mera legalidad que se predicán no solo de la tipicidad sino también de la pena.

Es por lo anterior, que considera la Judicatura que es errada la interpretación hecha por la defensora en lo atinente al párrafo del artículo 83 de la Ley 522 de 1999, en la medida que si bien es cierto que allí se sostiene que en *“los delitos comunes la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos”*, no se puede arrimar a la conclusión que se deba diferenciar entre delitos militares

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como período de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto.”

Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-194 de 2005, en el entendido de que dicha valoración deberá atenerse a los términos en que fue evaluada la gravedad de la conducta en la sentencia condenatoria por parte del juez de la causa.

247 Tal y como lo señala el contenido del párrafo 1 del artículo 76 ibídem, que establece que en ningún caso el término de prescripción de la acción penal será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20) años.



como comunes cuando se hace referencia al término de la prescripción porque ha sido precisamente el desarrollo legislativo<sup>248</sup> y jurisprudencial los que de tiempo atrás han venido aclarando que en todos los casos, *sin diferenciar entre los delitos comunes y los típicamente militares, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte (desde la citada Ley 1474 el aumento debe hacerse en la mitad), cuando sea cometido por servidor público “en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos”<sup>249</sup>. (...)*

Bajo los anteriores lineamientos, nada distinto concierne a esta Sala que negar la prescripción de la acción penal invocada por la defensa, ya que el término mínimo de prescripción para el delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales que se sigue en contra del soldado profesional (r) HERRERA OLIVEROS DANIEL no ha fenecido, en atención a lo previsto en el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010 en integración con el inciso 6 del artículo 83 del Código Penal, Ley 599 de 2000.” (Rad. 158767 del 22 de septiembre de 2017, M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Primera Sala de Decisión).



## 90. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LA JURISDICCIÓN CASTRENSE.

Incremento del término prescriptivo por la calidad de servidor público conforme a la fecha de los hechos.

“Al interior de la jurisdicción castrense, el prenombrado instituto jurídico procesal encuentra formal y legal regulación en los artículos 82 a 87 de la Ley 522 de 1999, ello con símil redacción a la de los artoes 75 a 79 de la Ley 1407 de 2010, codificación esta última cuya vigencia en el ordenamiento jurídico Colombiano es innegable como ha venido afirmando iteradamente este Tribunal, coincidiendo sus cánones 83 y 75, respectivamente, en señalar que el término establecido para que opere dicho fenómeno equivale al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de libertad, sin que en evento alguno, excepción hecha del delito de Deserción, pueda ser inferior a cinco (5) años ni exceder de veinte (20) años, agregando que en tratándose de delitos comunes la acción prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos, precisión normativa esta última sobre cuya omnicomprensión conceptual, acota la Sala, ha sido la Corte Suprema de Justicia Colombiana la que zanjó en definitiva las eventuales interpretaciones que al respecto pudieren surgir(...)

Decisiones, la parcialmente trasuntada y las que la reiteraron<sup>250</sup>, en las que el órgano de cierre de esta jurisdicción foral también precisó cuál era la manera de obtener el guarismo derivado del incremento del término prescriptivo en tratándose

248 Ley 1154 de 2007 y modificado por los artículos 1° de la Ley 1426 de 2010, 14 de la Ley 1474 de 2011 y 16 de la Ley 1719 de 2014-, aplica tanto a los casos regulados bajo dicho régimen, como a los que se siguen en esta justicia penal militar.

249 CSJ, Radicado 44829 del 7 de abril de 2015.

250 Vid. Nota 17.



de eventos en que la administración de justicia conocía de delitos cometidos por servidores públicos y según se tratara de la etapa investigativa o de la de juicio, ello de conformidad con la evolución jurisprudencial que un tópico tal había sufrido al interior de dicho Colegiado. (...)

Precedentes jurisprudenciales que no han variado en lo sustancial, concretamente en punto a que las reglas de prescripción de la acción penal reguladas en el Digesto Penal Militar se deben aplicar en armonía con las previstas en el Código Penal común, pero sí en cuanto al monto del incremento del término prescriptivo, esto habida cuenta de las diversas modificaciones introducidas por el legislador con posterioridad al proferimiento de los mismos, al artejo 83 de dicho *códex*(...).

Así las cosas, resulta incuestionable que trátense de delitos típicamente militares, militarizados o comunes cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, el término de prescripción de la acción penal habrá de contabilizarse de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 83 del Código Penal Militar y en concordancia con las insertas en el artejo 83 Código Penal ordinario(...)

Significa lo anterior que, en aquellos precisos eventos en que la acción penal se origina en los delitos en cuestión, esto es, los cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos -categorización en la que quedan comprendidos los miembros de la Fuerza Pública<sup>251</sup>-, el término de prescripción de la misma, excepción hecha del delito de desertión, nunca podrá ser inferior a cinco (5) años, quantum que a su vez ha de incrementarse en un específico monto que será determinado, por razones que tocan con el irrestricto respeto al principio de legalidad, por la fecha de consumación material del injusto culpable, o, lo que es lo mismo, del delito...

Así, ese incremento será de una tercera (1/3) parte y el guarismo resultante, salvada excepción del delito de desertión, no podrá ser nunca inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, conforme lo ha sostenido esta Corporación en forma unificada y pacífica<sup>252</sup> en plena univocidad con lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, en aquellos eventos en que la consumación del delito tiene lugar antes de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011<sup>253</sup>, norma que, como quedó visto, amplió a la mitad el término de prescripción de la acción penal regulado en el artejo 83 de la Ley 599 de 2000 en tratándose de conductas punibles cometidas en las ya

251 Reza el artículo 20 de la Ley 599 de 2000, aplicable al caso en estudio por vía de integración normativa: "Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la Fuerza Pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política."

252 Entre otras decisiones las proferidas dentro de los radicados 151722, 02 de febrero de 2.009, Cuarta Sala de Decisión, MP. TC. CAMILO SUAREZ ALDANA; 154992, 16 de marzo de 2.009, Primera Sala de Decisión, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO; y 158187, mayo 26 de 2.015, MP CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA.

253 La Ley 1474 de 2011, Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, fue publicada en el Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011.



citadas circunstancias, esto es, por servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, no en una tercera parte como equivocadamente refieren, de buena fe quiere crear el Tribunal, los opugnantes en su escrito recursal<sup>254</sup>.

*Contrario sensu*, bajo esas mismas circunstancias, el incremento del precitado término extintivo será de esa mitad (1/2) y el guarismo resultante, salvo la pluricitada excepción, nunca podrá ser inferior a siete (07) años y seis (06) meses, en aquellos eventos en que la referida consumación tiene fáctico acontecer bajo la vigencia de aquella ley”. (**Rad. 158829 del 05 de abril de 2018, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión**).



## 91. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

Incremento por la calidad de servidores públicos.

“Lo anterior nos lleva a la primera conclusión, que la pena máxima a imponer en el caso sub júdice es de 720 días, que equivalen a 2 años de prisión, pero cosa distinta es la contabilización del término prescriptivo de la acción, que si bien la regla general señala que será la pena máxima fijada en la ley, (Ley 599,2000 art. 83) (Ley 522,1999 art.83) (Ley 1407,2010 art.76), este término bajo ninguna circunstancia será inferior a 5 años.

Lo anterior nos lleva a señalar que en el caso sub júdice, el término prescriptivo se contabiliza iniciando por la regla general de 5 años. Sin embargo, la misma ley ordena (Ley 599,2000 art. 83 inc.6) (Ley 522,1999 art.83 par.) (Ley 1407,2010 art.76 par.) que tratándose de servidores públicos, el término prescriptivo se ha de aumentar en 1/3 parte, lo que implica afirmar que el ejercicio de la acción penal en la presenta causa tiene un término de prescripción de 6 años 8 meses. Adicional a ello, la jurisprudencia (CSJ Rad.24067 may.2006) ha aquilatado que el incremento de 1/3 parte para contabilizar el término prescriptivo de la acción, se aplica tanto a sujetos activos civiles, como a miembros de la Fuerza Pública que cometan conductas delictivas tanto en ejercicio de sus funciones, como de su cargo o con ocasión de ellas.

Con la claridad anterior, en cuanto a que el término prescriptivo en el presente asunto tiene un término mínimo de 6 años 8 meses, es la razón para despachar desfavorablemente la pretensión del apelante por cuanto solo transcurrieron 6 años 7 meses desde el momento de ocurrencia de los hechos (31 de mayo de 2008), al momento de ejecutoria de la resolución de acusación (31 de diciembre de 2014), compartiendo así el criterio del Ministerio Público ante esta instancia.

De otro lado, esta Sala ha de recordar que el término prescriptivo mínimo para los miembros de la Fuerza Pública es de 6 años 8 meses, en cualquiera de las etapas procesales, es decir, que este término se contabiliza inclusive



después que se haya interrumpido por primera vez la prescripción, razón por la que después de ejecutoriada la resolución de acusación, el término prescriptivo para dictar sentencia, será de 6 años 8 meses (Ley 522,1999 art.86).

Esta última premisa se obtiene de una interpretación sistemática de los artículos 83 y 86 de la Ley 522 de 1999; el primero, contiene el imperativo que en ningún caso la prescripción de la acción penal será inferior a cinco (05) años, y en cuanto al artículo 86, este hace una remisión en cuanto al tiempo que se ha de tener en cuenta después de que se haya interrumpido el término por efectos de la ejecutoria formal de la resolución de acusación, allí señala que correrá de nuevo el tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. La interpretación armónica y sistemática implica que los términos de prescripción están contenidos en el artículo 83 y estos en ningún caso podrán ser inferiores a la regla general de 5 años (CSJ. Rad. 20673 ago.2004) y adicional a ello recuérdese que ha de aplicarse el incremento de 1/3 parte por la calidad de servidor público del enjuiciado”. **(Rad. 158717 del 30 de octubre de 2017, M.P. CR (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Tercera Sala de Decisión).**



## 92. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Delito de desertión. Verbos alternativos.

“Así las cosas, como bien lo ilustra el precedente de este Colegiado<sup>255</sup> con ponencia de quien hoy funge como tal, fulgura indispensable recordar que la congruencia entre la Resolución de Acusación y la Sentencia se predica en sus aspectos personal –sujetos-, factico –hechos y circunstancias- y jurídico –modalidad delictiva-, que se constituye en una verdadera matriz del Debido Proceso, puesto que es el marco conceptual dentro del cual, al agotarse el trámite propio de la instancia, se culmina el juicio con la decisión que en derecho corresponda, la cual ha de adoptarse dentro de un referente de absoluta coherencia que debe existir entre la Acusación y la Sentencia.

De ahí, que la Incongruencia se configura cuando el Juzgador al dictar Sentencia desconoce la denominación jurídica atribuida en la Acusación -que aquí no es otra que el tipo penal de Desertión puesto que tal denominación es el nomen iuris de este delito y no existe otro reato que contemple tal reproche penal-, y condena por una conducta punible diferente o se incluyen en el fallo nuevas conductas punibles, o cuando incluye circunstancias de agravación no deducidas, o desconoce circunstancias de atenuación reconocidas, o varía las formas de culpabilidad o de participación en detrimento del procesado, cosa que aquí no ocurre.

Cosa bien distinta es que el delito Militar de Desertión es de aquellos tipos penales de conducta alternativa, es decir, que describe varias acciones a través de



las cuales puede cometerse el mismo, pero lo que no puede perderse de norte es que el centro de gravedad de este punible, por cuales quiera de los reproches que a él se llegue, es que quien este legalmente incorporado al Servicio Militar, haga dejación de sus deberes patrios en cualquiera de las conductas alternas previstas por la norma.

Por ello, es que el caso sub-examine la mentada incongruencia con que excusa la Defensa no tiene asidero alguno, pues la Acusación versa en torno a la conducta descrita en el artículo 109 de la Ley 1407 de 2010 –nuevo Código penal Militar- y la misma estriba en la ausencia prolongada e injustificada del señor AP. FYDM de las huestes policiales, quien permaneció alejado de su rol patrio por más de cinco (5) días consecutivos, por lo que no puede aceptarse el lacónico razonamiento realizado por el opugnador, dado que en modo alguno se advierte que la Calificación de Mérito del Sumario llamándolo a responder por el delito de Deserción modifique o torne incongruente la decisión que en la Sentencia de primera instancia adiada 27 de Enero de 2017<sup>256</sup> se adopto, porque lo cierto y probado es que, el procesado relegó su deber patrio y se mantuvo alejado de su Unidad Policial por lapso superior a cinco (5) días”. **(Rad. 158653 del 29 de junio de 2017, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZARATE, Cuarta Sala de Decisión)**



### 93. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.

Es inaplicable la rebaja por aceptación de cargos consagrada en la Ley 1407 de 2010, en procesos regulados bajo la ritualidad contenida en la Ley 522 de 1999.

“Por otra parte, el principio de favorabilidad haya aplicación en normas procesales con efectos sustanciales, de manera que, las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios que resulten más favorables sustancialmente para el procesado deben ser aplicadas de manera preferente sobre aquellas restrictivas. Sin embargo, la aplicación del principio de favorabilidad demanda la existencia de tres requisitos fundamentales, así: i) que la figura jurídica tenga regulación en las dos legislaciones, ii) que en las citadas figuras jurídicas se predique en su configuración, similares presupuestos tanto fácticos como procesales, y por último iii) que la aplicación del instituto en búsqueda de la favorabilidad del procesado no resquebraje el sistema procesal en el cual se busca aplicar<sup>257</sup>.

Bajo esas condiciones, ha de concluirse sin hesitación alguna, que el artículo 493 de la Ley 1407 de 2010, modificado por el artículo 110 de la Ley 1765 de 2015, no tiene aplicación en procedimientos tramitados bajo la ritualidad contemplada en la Ley 522 de 1999, puesto que la figura de la aceptación de cargos a pesar de estar regulada en la Ley 1058 de 2006 y en la Ley 1765 del 2015, tienen presupuestos fácticos y procesales distintos, por otra parte, la figura de los preacuerdos no tiene

256 Cuaderno original N° 2, folios 324 a 336

257 Corte Suprema de Justicias, radicado No. 23700 del 6 de febrero de 2006, MP ALFREDO GOMEZ QUINTERO.



regulación normativa en el esquema procesal contemplado en el código militar de 1999.

La aceptación de cargos, establecida en la Ley 1058 de 2006 y 1765 de 2015 se encuentra referida a determinados delitos, entre los que no se encuentran el Peculado o el Fraude Procesal. Instituto que haya aplicación en desarrollo de particulares momentos procesales, como la indagatoria o la audiencia de corte marcial, que no se replican dentro del esquema de corte inquisitivo.

Así las cosas, debe entenderse que el nuevo sistema procesal establecido por la Ley 1407 de 2010, no es similar al regulado en la Ley 522 de 1999, puesto que contiene particularidades como las facultades de policía judicial, institutos como el principio de oportunidad, los allanamientos, los preacuerdos y las negociaciones, el debate probatorio, entre otros. Por esa razón, el principio de favorabilidad no puede ser aplicado a partir de la simple y escueta lectura y comparación del nombre de normas, puesto que el análisis ha de considerar los presupuestos, trámites y finalidades que deben cumplirse en cada una de esos regímenes, y solo desde ese estudio global, se podrá concluir la similitud de los institutos y escoger la disposición benéfica.

En esas condiciones, no existe parámetro fáctico o legal, que permita señalar que la imputación de cargos corresponde a un instituto similar a la indagatoria, como lo pretende la recurrente, por cuanto el nuevo esquema procesal no contempla diligencia de vinculación del procesado, sino de comunicación de la imputación, sin que pueda señalarse que ésta, al igual que la indagatoria, corresponda a un medio probatorio y de defensa del sindicado.

Por tanto, la diligencia de indagatoria y la audiencia de imputación corresponden a actos procesales distintos, por lo que la aplicación de la rebaja punitiva contenida en el artículo 493 de la Ley 1407 de 2010, no tiene aplicación en el esquema procesal regulado en la Ley 522 de 1999 conforme lo señala la recurrente, puesto que la figura de aceptación de cargos carece de similares presupuestos fácticos o procesales en las dos codificaciones y la aplicación de la rebaja punitiva resquebrajaría el esquema procesal aplicado en el sub iudice”. **(Rad. 158652 del 7 de noviembre de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión).**



## 94. PRINCIPIO DE PERMANENCIA DE LA PRUEBA.

Concepto. Alcance.

“Congruente con el principio de vocación de permanencia de la prueba, la ley ha determinado conforme al principio de progresividad, unos requisitos para adoptar las diferentes decisiones en cada etapa del proceso, incrementando sus exigencias a medida que transcurre la investigación, desde la incertidumbre que caracteriza la



denuncia, pasando por la posibilidad en sede de situación jurídica, la probabilidad en fase de calificación de mérito del sumario, hasta la certeza en sede de juicio.

En esa medida, los medios de convicción allegados desde el inicio de la investigación, adquieren la aptitud de medio de prueba en los precisos términos previstos en el artículo 406 de la ley 522 de 1999 y conservan esa categoría durante toda la investigación, sin que por la necesidad de variar el grado de convicción que debe adquirir el Juez en los diferentes estadios procesales, por ese solo hecho se deba ampliar su práctica en cada etapa, pues desde la misma fase de indagación preliminar los medios suasorios pueden demostrar el estado de certeza requerido por la ley para la sentencia (CSJ – CP Radicado 27062 abril 27 2007), o que implique que no puedan recogerse otros que pueden afianzar el grado de convicción.

Por el contrario, conforme al principio de inmediación probatoria que gobierna el sistema de procesamiento penal de corte acusatorio, propio de las leyes 906 de 2004 y 1407 de 2010, solamente podrá tenerse como prueba los medios de convicción practicados en la audiencia de juicio oral, con presencia del Juez de Conocimiento, lo cual implica que el Juzgador no puede dictar sentencia sin que las pruebas hayan sido ordenadas y practicadas en sede de juicio (CSJ – CP Radicado 34653 27 septiembre 2010), presupuesto diametralmente opuesto al previsto en las leyes 522 de 1999 y 600 de 2000, caracterizado por el principio de permanencia de la prueba”. **(Rad. 158564 del 03 de abril de 2017, M.P. MY (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Cuarta Sala de Decisión).**



## 95. PRISIÓN DOMICILIARIA.

Improcedencia en la Jurisdicción Penal Militar. Doctrina probable. Naturaleza y alcance.

“Esta Corporación ha sostenido reiterativamente la improcedencia de aplicar la prisión domiciliaria dentro de la jurisdicción foral, teniendo en cuenta que la Justicia Penal Militar es una jurisdicción especial y autónoma dada la condición funcional de sus destinatarios y los bienes jurídicos protegidos, entronizada en el sistema jurídico por la libertad de configuración legislativa atribuida al Congreso de la República en virtud del mandato constitucional (Constitución Política, arts.116 inc.1 y 221)<sup>258</sup>.

<sup>258</sup> **Artículo 116 [Título V]. Constitución Política de Colombia.** “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.”

**Artículo 221 [Título V]. Constitución Política de Colombia.** “De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario. La Justicia Penal Militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública.”



En esas condiciones, el legislador en ejercicio de dicha potestad (C. Const. Rad. C-073 feb.2010)<sup>259</sup> y por razones de política criminal decidió excluir la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión en la Jurisdicción Penal Militar; razón suficiente por la que dicho instituto no encuentra aplicación al interior de la jurisdicción castrense, máxime cuando se trata de delitos respecto de los cuales, dada la entidad del bien jurídico que se busca proteger con el tipo penal, se excluye la concepción de subrogados penales como la libertad provisional y la condena de ejecución condicional (Arts. 71 y 539-1 Ley 522 1999). Frente al particular la Honorable Corte Constitucional (C.Const. Rad. C-709 sept.2002), señaló: (...)

Atendiendo a esa libertad de configuración legislativa, ni la Ley 522 de 1999 ni la Ley 1407 de 2010 instituyeron para la Jurisdicción Penal Militar el instituto de la prisión domiciliaria como sustitutivo de la pena de prisión, lo que denota la voluntad del Legislador Colombiano para no aplicar dicha figura en materia penal militar, como en efecto se concibió desde la comisión redactora del Código Penal Militar de 2010, cuando en una de sus sesiones expresó:

*“(...) en la parte relacionada con capturas y medida de aseguramiento quedó exactamente igual como lo tenemos nosotros, no se consideró la detención domiciliaria por la naturaleza de la Fuerza Pública, por ser norma especial (...)”<sup>260</sup>.*

En otras palabras, es indiscutible que la Ley Penal Militar actual no contempló el instituto de la prisión domiciliaria como subrogado o mecanismo sustitutivo de la pena intramural, razón por la cual, no es posible aplicarlo en la jurisdicción foral castrense dada la autonomía de éste régimen, así como la libertad de configuración del legislador, en relación con la facultad de dotar a cada ordenamiento (militar u ordinario) de instituciones propias, de contenido similar o diferente (C.Const. Sent.C-1068.oct.2001)<sup>261</sup>. Condición por la que la jurisprudencia ha afirmado la impertinencia de los ejercicios argumentativos orientados a establecer violaciones de garantías fundamentales, a partir de identificar diferencias entre uno y otro procedimiento (C.Const. Sent.T-677 ago.2002)<sup>262</sup> (CSJ. Rad.17709 jul.2004)<sup>263</sup>.

259 Corte Constitucional, (10 de febrero de 2010). Rad. C-073 [M.P. Humberto Sierra Porto] “Finalmente, la Corte precisa que el legislador goza de un amplio margen de configuración normativa al momento de diseñar el proceso penal, y por ende, de conceder o negar determinados beneficios o subrogados penales. Lo anterior por cuanto no existen criterios objetivos que le permitan al juez constitucional determinar qué comportamiento delictual merece un tratamiento punitivo, o incluso penitenciario, más severo que otro, decisión que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, pertenece al legislador quien, atendiendo a consideraciones ético-políticas y de oportunidad, determinará las penas a imponer y la manera de ejecutarlas. En efecto, el legislador puede establecer, merced a un amplio margen de configuración, sobre cuáles delitos permite qué tipo de beneficios penales y sobre cuáles no. Dentro de esos criterios, los más importantes son: (i) el análisis de la gravedad del delito y (ii) la naturaleza propia del diseño de las políticas criminales, cuyo sentido incluye razones políticas de las cuales no puede apropiarse el juez constitucional.”

260 Actas Comisión Redactora Código Penal Militar (sesión del 27 de julio de 2005). Pág. 505.

261 Corte Constitucional, (10 de octubre de 2001). Rad. Sentencia C-1068 [M.P. Rodrigo Escobar Gil] “Dado que la propia Constitución contempla la existencia de un código penal especial para el juzgamiento de los militares en servicio activo y en razón de los actos cometidos en relación con el mismo servicio, y que por la naturaleza misma de los códigos, estos buscan regular de manera completa una materia, el Código Penal Militar contiene un régimen completo, tanto sustantivo como procesal, que si bien debe respetar y desarrollar los principios y valores constitucionales, y responde por consiguiente a los mismos principios y valores que se aplican para el régimen penal ordinario, puede diferenciarse del mismo, cuando así lo exijan las especiales condiciones para las cuales está previsto, o cuando de tal diferencia no se derive detrimento de la Constitución.”

262 Corte Constitucional, (21 de agosto de 2002). Rad. Sentencia T-677 [M.P. Jaime Araujo Rentería]

263 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (21 de julio de 2004). Rad. 17709 [M.P. Herman Galán Castellanos] entre otras.



Distinción que, en criterio de la Sala, no comporta vulneración a principios como el de igualdad, en tanto que a semejanza de lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria con los delitos incluidos en el inciso 2 del artículo 68A de la Ley 599 de 2000<sup>264</sup>, el legislador excluyó dichos comportamientos del beneficio de la prisión domiciliaria por la trascendencia social que registran. Eventos en donde, en criterio de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el confinamiento intramural debe atender las funciones de la pena en sus componentes de prevención general, retribución justa y prevención especial, que en su orden, transmiten a la comunidad el mensaje de la particular tutela y severidad de la sanción que envuelve la afrenta a un determinado bien jurídico, precisamente para que la sanción sirva de elemento disuasivo a quienes potencialmente pretendieran infringir la ley<sup>265</sup>.

Situación que es precisamente la que ocurre con los tipos penales de función dentro de la jurisdicción penal militar, puesto que por tratarse de bienes jurídicos de contenido institucional su vulneración amerita el tratamiento intramural, precisamente por la relevancia que su comisión registra al interior de la comunidad castrense, en la medida que afectan la disciplina y el servicio y, por consiguiente, tanto el funcionamiento, como la existencia de la Fuerza Pública, así como, la finalidad constitucional que cumple, lo que resquebraja el ordenamiento institucional que comporta el Estado Social y Democrático de Derecho. (...)

Rememorando los argumentos en los que el Juez Décimo Penal Militar de Brigada fundó su decisión de conceder la pena sustitutiva de prisión domiciliaria al condenado CT. DFIA, se evidencia que pese a evocar sendos pronunciamientos jurisprudenciales tanto del Tribunal Superior Militar (TSM.Rad.157399 agos.2012) (TSM. Rad.156165 mar.2012) (TSM. Rad. 157016 jun.2011), como de la Corte Suprema de Justicia (CSJ. SP. Rad. 20748 jun.2005) (CSJ. SP. Rad. 28840 Dic. 2006) en los que se negó dicho beneficio, el A Quo optó por acoger la novísima y única decisión de esta última (CSJ. Rad.40282 abr.2017)<sup>266</sup>, que consideró viable la prisión domiciliaria en esta jurisdicción.

Frente a ello, estima la Sala prudente acotar que en anteriores y reiterados pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han señalado de manera pacífica que no es posible aplicar el referido instituto en la Justicia Penal Militar, dado que no se presenta un vacío legal que amerite ello, pues en tratándose de una jurisdicción especial en la que se debe tener en cuenta la calidad de los

264 como corresponde a los delitos de delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.

265 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 31 de agosto de 2011, Rad. 35153, MP. Sigilfredo Espinoza Pérez.

266 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (5 de abril de 2017). Rad. 40282 [M.P. Luis Guillermo Salazar Otero].



sujetos destinatarios de la norma y las misiones asignadas por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública, no necesariamente debe contener una regulación idéntica a la establecida en las normas que regulan la jurisdicción ordinaria, y no por ello se puede predicar vulneración de derechos fundamentales.

Conviene precisar que el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, norma aún vigente, prevé que, *“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso que juzgue erróneas las decisiones anteriores”*, esto es, fija los presupuestos para que una decisión de la Corte Suprema de Justicia pueda ser considerada como doctrina probable (C.Const. Rad.C-836 ago.2001)<sup>267</sup>.

Así las cosas, se debe señalar que la sola razón de ser de una decisión, no constituye doctrina probable, pues se requiere de la existencia de un conjunto de decisiones del Supremo órgano unificador que, de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema concreto de derecho y lo desarrollen (factor cuantitativo), en el que efectivamente se asuma el estudio detallado de una cuestión problemática, y que, esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera, dada la trascendencia y consecuencias de esas decisiones (factor cualitativo)(CSJ.SP. Rad.29877 ago.2011)<sup>268</sup>. (...)

Queda claro, entonces, que la decisión de la Corte Suprema de Justicia con radicado 40282 del 5 de abril de 2017, es el único pronunciamiento que en contravía a la línea jurisprudencial trazada en precedencia, avaló la concesión de la prisión domiciliaria en esta jurisdicción, pero ésta, pese a ser una sentencia del órgano de cierre de la Jurisdicción Penal Militar como Tribunal de Casación, por sí sola no tiene la virtualidad de constituirse en doctrina probable, ni en precedente judicial con fuerza vinculante, en cuanto no reúne aún los criterios cuantitativos y cualitativos, referidos en la jurisprudencia que aquilata el precedente judicial.”(Rad. 158876 del 22 de marzo de 2018, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión)



267 Corte Constitucional, (9 de agosto de 2001). Rad. C-836 [M.P. Rodrigo Escobar Gil] “siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”.

268 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (1º de agosto de 2011). Rad. 29877 [M.P. Javier Zapata Ortiz] “Ahora, no se trata apenas de que la ratio decidendi de una determinada decisión por sí misma constituya precedente jurisprudencial, pues para que tal suceda, es necesario combinar criterios cuantitativos y cualitativos.

Los primeros dicen relación con la existencia de un conjunto de decisiones que de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema de derecho y lo desarrollen, entendiéndose que esa reiteración implica ya una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla.

A su turno, el aspecto cualitativo remite a la trascendencia y consecuencias de esas decisiones, ora porque efectivamente asume el estudio detallado de una cuestión problemática, ya en atención a que se busca que esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera.”



## 96. PROCEDIMIENTO ESPECIAL.

La interrupción del término prescriptivo se produce con la ejecutoria de la resolución de acusación.

“Conforme lo dispuesto en el artículo 86 de la citada codificación<sup>269</sup>, el término prescriptivo se interrumpirá con la ejecutoria de la resolución de acusación, momento desde el cual iniciará a correr un nuevo término prescriptivo equivalente a la mitad del señalado en el artículo 83 del digesto punitivo castrense, es decir, que en firme la pieza acusatoria la administración de justicia castrense cuenta con un lapso igual a la mitad del establecido inicialmente para proferir sentencia.

Es importante precisar, que pese a que el delito de deserción hace parte de los tipos penales que se tramitan a través del procedimiento especial, el término prescriptivo se interrumpe con la resolución de acusación y no con la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio, como lo señala el artículo 86 de la Ley 522 de 1999, por cuanto los artículos 578 y 579 de la Ley 522 de 1999 fijaban dos etapas dentro del procedimiento especial a saber, la instructiva y la de juicio, la segunda de las cuales daba comienzo con la expedición del auto que declaraba la iniciación a juicio, precisamente porque no contemplaba dentro del procedimiento la actuación del Fiscal Penal Militar mediante la expedición de la resolución acusatoria. Trámite procesal que fue declarado inexecutable por la honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-178 del 12 de marzo de 2002, en tanto era violatorio del debido proceso por prescindir de la etapa calificatoria.

La ley 1058 del 2006, que modificó los artículos 578 y 579 del Código Penal Militar, introdujo dentro del procedimiento especial la etapa calificatoria, precisando que en firme la resolución de acusación el Fiscal adquiere la calidad de parte, luego de lo cual el proceso debe ser remitido al juez de instancia para que convoque a audiencia. Trámite procesal que suprime el auto que declaraba la iniciación del juicio, por cuanto la ejecutoria de la resolución acusatoria marca el inicio de la etapa de juzgamiento. En este orden de ideas, no puede acudirse a la realización de una actuación no contemplada legalmente dentro del procedimiento especial como hito para interrumpir el término prescriptivo de la acción penal, debiendo atenderse a la regla general que fija dicho momento en la ejecutoria de la resolución acusatoria<sup>270</sup>.

Conforme a lo anterior, el término prescriptivo de la acción penal en el delito de deserción puede darse en dos momentos. El primero, tiene lugar desde que la conducta se entiende consumada<sup>271</sup> hasta el momento en que cobra ejecutoria la resolución de acusación, período que de superar los dos años determinará la extinción de la acción penal. El segundo evento, registra como hito el momento

269 Artículo 86. Interrupción del término prescriptivo de la acción penal. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación.

En el procedimiento especial con la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio. Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de este código

270 Ver pronunciamiento Tribunal Superior Militar, providencia del 28 de octubre de 2009, Rad. 156178, MP. CR. CAMILO ANDRÉS SUAREZ ALDANA.

271 Tribunal Superior Militar, radicado No. 158237 del 14 de agosto de 2015. MP. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ.



desde el cual cobra ejecutoria la resolución de acusación hasta el día en que queda en firme la sentencia, período que de superar el año determinará la prescripción de la acción penal”. (Rad. 158772 del 07 de diciembre de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión).



## 97. PROVIDENCIA QUE DECIDE SOBRE LA REMISIÓN DE LA INVESTIGACIÓN A OTRA JURISDICCIÓN.

No es susceptible de recurso.

“De otro lado, respecto a las determinaciones del Juzgado de Instrucción de proceder a la ruptura de unidad procesal y el envío de la investigación preliminar por competencia a la Fiscalía Seccional de Lérica – Tolima, considera la Sala que, no es susceptible de apelación, en este sentido, las decisiones de los funcionarios judiciales en torno a la competencia de las actuaciones que tramitan en sus respectivos Despachos no son susceptibles de impugnación ante la segunda instancia.

“... Pero si el funcionario ante quien se formula solicitud para que se desprenda o asuma el conocimiento de un proceso, la encuentra fundada proferirá un auto motivado denegando el pedimento, esto es, absteniéndose de provocar la pretendida colisión, **sin que sea viable cuestionar por vía de los recursos esta determinación**, pues según la regulación que del mencionado incidente hace el legislador en los artículos 97 y ss. del C.P.P., la competencia del superior para asignar el conocimiento de un determinado asunto es restrictiva y exige como presupuesto que ésta se haya trabado realmente y no a través de los recursos ordinarios, luego no podría so pretexto de un pretendido recurso de apelación obligar a un juez a despojarse que una competencia que considera indiscutible, es decir, que lo que propone con la apelación interpuesta no es la solución de un conflicto, sino la creación de uno a través de un recurso “per saltum” inexistente en el ordenamiento...”<sup>272</sup> (Negrillas fuera del texto).

En el caso concreto, la impugnante considera errada la determinación del Juzgado Instructor al disponer la ruptura de unidad procesal respecto de las lesiones que sufrió EAUB, y en consecuencia remitir la actuación por competencia a la Fiscalía Seccional del Lérica – Tolima para que ese Despacho continúe con la investigación.

Como podemos ver, la decisión del instructor gira en torno a que la competencia de la investigación no le corresponde a la jurisdicción penal militar sino a la jurisdicción ordinaria, decisión que en caso de cuestionarse no se hace por vía de los recursos de ley previstos para el proceso penal sino a través del conflicto de jurisdicciones, el cual corresponde resolver al Consejo Superior de la Judicatura según los dispone el numeral 6º del artículo 256 de la Constitución Política.



Ahora bien, en la presente actuación no se planteado conflicto de jurisdicciones negativo o positivo, el Juzgado de Instrucción solamente ha ordenado remitir la actuación por competencia a la jurisdicción ordinaria, así que, si la recurrente considera errada la determinación del instructor, lo procedente es que se dirija al funcionario judicial competente de la jurisdicción ordinaria para que este evalúe las razones de su desacuerdo, y en consecuencia decida si propone o no el incidente". **(Rad. 158659 del 04 de septiembre de 2017, M.P. TC. (RA). NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Segunda Sala de Decisión).**



## 98. PRUEBA TESTIMONIAL.

Valor probatorio cuando posteriormente el testigo es vinculado mediante indagatoria.

"Esta Sala de Decisión considera relevante precisar el valor probatorio que contiene tanto la prueba testimonial como la diligencia de indagatoria que obran dentro de la presente acción penal, por parte de los patrulleros AHLDJ y AORA respectivamente, ello para absolver el planteamiento defensivo contenido en la apelación, que pretende desconocer la prueba testimonial que rindieran los referidos condenados, cuando afirman que no existe ningún soporte probatorio sobre el conocimiento que tenían los condenados respecto a la actividad delinencial que se estaba desarrollando.

Desde ya ha de anunciarse que tanto el contenido de la prueba testimonial como el contenido de la diligencia de indagatoria, son objeto de valoración probatoria y por tanto se han de asumir los efectos de responsabilidad que surjan de su valoración.

Previo a abordar esta premisa se ha de contextualizar, que dentro del sumario el PT. AHLDJ, ha rendido testimonio y también indagatoria, en el contexto de sus intervenciones se ha de señalar que los hechos ocurrieron el 5 de abril de 2003, que rindió testimonio el día 21 de abril de 2003 dentro de la investigación disciplinaria, diligencia que fue allegada como prueba trasladada al presente radicado penal y posteriormente rindió indagatoria el día 23 de noviembre de 2011 (Fol.1992).

En igual sentido, el PT. AORA, rindió testimonio el día 21 de abril de 2003 dentro de la investigación disciplinaria, diligencia que fue allegada como prueba trasladada al presente radicado penal, quien posteriormente rindió indagatoria el día 2 de octubre de 2007 (Fol.1005) y ampliación de indagatoria el día 17 de noviembre de 2011 (Fol.1975).

De manera que, es jurídicamente viable darle valor probatorio a los dichos de una persona que inicialmente fue oída en testimonio y posteriormente fue vinculada mediante diligencia de indagatoria, situación procesal recorrida por el PT. AORA y el PT. AHLDJ. Es por ello que no existe ninguna irregularidad o vulneración a las garantías fundamentales de presentarse estos dos eventos en una misma



persona, bajo la condición que cada una de las diligencias que recogen los dichos, se haya desarrollado con sujeción a los requisitos previstos en la ley para cada una de las diligencias (CSJ. SP. Rad.31745 mar.2012).

Conforme a lo anterior, es viable valorar el contenido de lo dicho por el PT. AHLDJ en su testimonio, pues se observa que dicha diligencia judicial fue recaudada con las formalidades legales, es decir, se le conminó a relatar la verdad bajo la gravedad del juramento, pero igualmente se le enseñó la excepción que dicha regla tiene tanto desde el orden constitucional como del orden legal, y en igual sentido ocurre con el testimonio rendido por el PT. AORA.

Luego entonces, una diligencia testimonial, rendida dentro de las ritualidades legales y específicamente con la advertencia de la excepción de declarar contra sí mismo, genera consecuencias legales sobre al proceso penal, los sujetos procesales las conocieron y frente a ellas tuvieron toda la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción.

En suma, dentro de la presente causa, no existe ninguna irregularidad que suponga vulneración a las garantías procesales o vicios de legalidad en la prueba testimonial rendida por el PT. AORA y PT. AHLDJ, razón para afirmar que no se puede alegar vulneración al principio de no autoincriminación (CSJ.SP. Rad.31745. Mar.2012)22 y consecuente con ello, los dichos que resultan desfavorables a su defensa, se les han de valorar conforme a las reglas de la sana crítica”. **(Rad. 149355 del 16 de agosto de 2017, M.P. CR (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Tercera Sala de Decisión).**



## 99. PRUEBA TRASLADADA.

Valor probatorio que tiene en el proceso penal el testimonio rendido por el procesado en una investigación disciplinaria. Para su incorporación se deben atender las previsiones del artículo 404 de la Ley 522 de 1999.

“Lo anterior era del caso, porque en el presente asunto se evidencia que la Juez Primaria erró al valorar la declaración juramentada que en su momento rindió el PT. AAA, ante la oficina de asuntos disciplinarios del DENAR, dentro de la indagación preliminar P-DENAR-2009-276, que por estos mismos hechos allí se impulsó, y que fue traída a este expediente penal, atendiendo las previsiones del artículo 404 de la Ley 522 de 1999, (...)

El yerro se presenta justamente porque de dicho medio de persuasión se derivaron consecuencias jurídicas sustancialmente contundentes, al punto de colegir de ella la responsabilidad penal de los justiciados, desconociendo que por mandato del mismo artículo 404 ibídem, tal medio de prueba, sólo podía ser “... apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este código para la naturaleza de cada medio...”



Significa lo anterior que, dada la naturaleza de dicha testificación, mal podía la funcionaria judicial entrar a valorarla y derivar de ella las consecuencias que se comentaron, porque las afirmaciones que allí realizó el PT. AAA fueron sujetas al compromiso y la obligación legal de decir la verdad; es decir, en calidad de testigo, esto es, de tercero independiente en el proceso; pero como en el asunto dentro del cual se introdujo y valoró la prueba, el mencionado policial es parte, dada su condición de procesado, sus versiones e intervenciones solo gozarán de legalidad, bajo la condición que se le despoje del apremio al juramento, esto es, que sea libre, voluntaria, y asistido por defensor, tal como atrás se dijo.

Así las cosas, es evidente que se presentó un defecto fáctico por la indebida valoración de un medio de persuasión que no podía ser apreciado, dada su naturaleza, característica, y el contexto procesal dentro del cual se introdujo y estimó, y menos derivar de él consecuencias jurídicas como el de fundamentar su juicio de responsabilidad contra los acusados.

En tal sentido al ser el error tan ostensible, flagrante, manifiesto y tener incidencia directa en la decisión censurada, mal puede este Colegiado pasarlo por alto y arrojárselo con aprobación de acierto y legalidad; siendo entonces el camino jurídicamente procedente, declarar la anulación del fallo protestado, al evidenciarse que las deficiencias anotadas se constituyen en irregularidades sustanciales que afectan o impactan el debido proceso, conforme lo reglado en el artículo 388.2 de la Ley 522 de 1999.” **(Rad. 158443 del 27 de febrero de 2017, M.P. TC. (RA) NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Segunda Sala de Decisión).**



## 100. PRUEBAS.

Requisitos para su decreto y práctica en la etapa instructiva.

“Sea lo primero precisar el alcance transcendental que abarca el decreto y práctica de las pruebas en la etapa de Instrucción, como también la dimensión jurídica que comporta la Conducencia, Pertinencia y Utilidad de las mismas, ello, porque las pruebas que ingresan al debate deben orientarse únicamente a establecer los hechos pertinentes de la teoría del caso, tanto de la Acusación como de la Defensa, es decir, deben ser Conducentes a la materia del litigio, por ello, el Sistema Procesal Penal ha adoptado la definición según la cual lo Pertinente son los hechos y lo Conducente es la prueba.

En cuanto al alcance del Decreto y Práctica de pruebas en la etapa de Instrucción, es en este punto donde la prueba se concibe como el medio objetivo por excelencia utilizado para que procesalmente se llegue a la verdad, por lo que su eficiencia será mayor en la medida que sea clara y plena; de ahí, que las pruebas solicitadas en la etapa de Instrucción deben ser procedentes, o sea, deben tener viabilidad de Decreto y Práctica, puesto que han de aportar los elementos de convicción suficientes, primero para que en grado de convicción de posibilidad permitan Resolver la Situación Jurídica provisional, y si fuere el caso proferir Cesación de



Procedimiento si a ello diere lugar, y en el evento que se prosiguiera a la etapa de Calificación, para que en grado de convicción de probabilidad permitan construir el marco factico y jurídico que habrá de demarcar la Calificación del Mérito del Sumario, y en el caso que ésta sea profiriendo Resolución de Acusación, de la Imputación vertida en la misma.

Por lo tanto, importante y necesario es precisar que el Decreto y Práctica de pruebas en la etapa de Instrucción debe girar primero en torno a edificar la decisión que Resuelve la Situación Jurídica Provisional, y si fuere el caso a proferir Cesación de Procedimiento si a ello diere lugar, y en el evento que la actuación prosiguiera a la etapa de Calificación, a fundar en ella la Calificación del Mérito del Sumario -profiendo Resolución de Acusación o disponiendo la Cesación de Procedimiento-, y en el caso que esta se resuelva con Resolución de Acusación, no puede perderse de vista que será esta pieza procesal, la que a su turno en la etapa de Juicio delimite el Decreto y la Práctica o no de pruebas en el Juicio, por cuanto en este estadio procesal se materializa el derecho de controvertir las pruebas y la tesis que cimientan la Acusación.

En otras palabras, frente al decreto y práctica de la prueba, ha de señalarse que el fin de la prueba es la de llevarle al Juez elementos de convicción suficientes para decidir con certeza un asunto, tal como lo imponen artículos 395<sup>273</sup> y 396<sup>274</sup> de la Ley Penal Militar -Ley 522 de 1999-, por lo que oportuno resulta recordar, que el objeto de la prueba de manera general lo constituyen los hechos y de forma concreta en un caso individualmente considerado, esos hechos están delimitados por los principios de conducencia o pertinencia, los cuales se interpretan de acuerdo a la naturaleza del delito que se investiga.

En este orden de ideas, no puede perderse de vista que los requisitos objetivos del acto probatorio atañen a la materia objeto del proceso, constituidos por la conducencia, pertinencia, utilidad y ausencia de prohibición legal, esto es, a la necesidad de aplicar los principios que emplazan la actividad de la prueba, concretados especialmente en la Pertinencia -en virtud del cual debe existir relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que se pretende utilizar-, la conducencia y la utilidad -que se refieren a la relevancia que tienen los hechos probados, si estos van a ser útiles para resolver el caso en particular-, entre otros principios que las ilustran.

De ahí, que el funcionario judicial no está obligado a practicar todas las pruebas que pudieran recaudarse, sino sólo las conducentes, pertinentes, eficaces y útiles, pues en sentido estricto la autoridad judicial está en el deber de practicar las pruebas que tengan capacidad de ofrecerle la información requerida para obtener certeza sobre el objeto principal del proceso, atinente a la verdad real; por lo tanto, bajo este marco de operatividad procesal, el juzgador no está obligado a recopilar la totalidad de la pruebas que puedan practicar, sino aquellas que resulten

273 Ley 522 de 1999 -Código Penal Militar-, "Artículo 395. NECESIDAD DE LA PRUEBA. Toda decisión debe fundarse en pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso"

274 Ley 522 de 1999 -Código Penal Militar-, "Artículo 396. PRUEBA PARA CONDENAR. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado"



conducentes, pertinentes, eficaces y útiles a la investigación, por ofrecer elementos de juicio no conocidos o aclarados suficientemente en la actuación respecto de lo que se ha resolver en el proceso penal, todo lo cual debe ser demostrado por el censor en el cargo”. (Rad. 158585 del 31 de marzo de 2017, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZARATE, Cuarta Sala de Decisión).



## 101. REBAJA PUNITIVA POR CONFESIÓN.

Requisitos para su concesión.

“Si bien dicho aspecto no hace parte del recurso de alzada, es una circunstancia planteada por la DRA. GPVG Procuradora 7 Judicial II Penal y Representante del Ministerio Público ante esta Instancia, frente a lo cual es menester para la Sala dar claridad, en tanto argumentó en su concepto que el A quo reconoció al procesado la rebaja de la sexta parte por “confesión” y la misma no fue el fundamento de la sentencia condenatoria, ya que en su sentir el enjuiciado se limitó simplemente a explicar las razones por las cuales se desertó sin contribuir a la administración de justicia, siendo ésta la finalidad por la que procede la rebaja punitiva; coligiendo que la disminución atribuida no era aplicable ya que al plenario se allegó suficiente material probatorio que demostró la materialidad del delito investigado.

No obstante, la Corte en desarrollo de su línea jurisprudencial ha venido decantando que además de la confesión simple existe la confesión calificada, la cual no requiere para su configuración la aceptación de la conducta punible, sino solo exige confesar la autoría o participación en los hechos, tal como se redactó en el artículo 283 de la Ley 600 de 2000, lo cual implica señalar, que se aborda el estadio de la tipicidad, mas no se requiere la aceptación de los otros dos elementos que integran el delito (antijuridicidad y culpabilidad).

En ese sentido se ha permitido aceptar la confesión calificada, siempre que sea útil para la investigación, fundamento de la sentencia, y por supuesto con ello se logre la realización de ese preciado bien de la justicia. (...)

Bajo este contexto, valga resaltar que el artículo 446 de la Ley 522 de 1999 consagra la confesión simple para efectos de obtener el reconociendo de la rebaja punitiva de una sexta (1/6) parte, es decir, aquella en la que el sujeto reconoce la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable, concreción realizada por la Corte Suprema de Justicia<sup>41</sup> al analizar el contenido del artículo 299 del Decreto 2700 de 1991<sup>42</sup>, cuyo contenido literal es el mismo que el señalado en el Código Penal Militar de 1999. Sin embargo, se puede afirmar que también es viable reconocer la confesión calificada acogiendo los criterios jurisprudenciales referidos, siempre y cuando ello resulte de utilidad decisiva para la justicia<sup>43</sup>.

De manera tal, que al observar que el procesado en su diligencia de injurada reconoció la comisión de la conducta admitiendo los hechos, cumpliéndose claramente las disposiciones del arto 443 de la Ley 522 de 1999, es menester



reconocer lo preceptuado en el artículo 446 de la citada obra, siendo beneficiado con el reconocimiento de la rebaja punitiva de una sexta (1/6) parte, tal y como en efecto lo dispuso el A quo en la sentencia objeto de censura; pues nótese como en la decisión examinada la funcionaria señaló que es el mismo procesado el que reconoció que se ausentó de las filas porque su compañera sentimental se encontraba en una precaria situación económica y que fue su deseo voluntario prestar el servicio militar en el Ejército Nacional pese a que tenía conocimiento que podía ser abrigado por una exención legal; sin embargo anotó la falladora, que las exculpaciones brindadas por el enjuiciado no cumplen los presupuestos de la causal de ausencia de responsabilidad invocada por la defensora y que la situación económica de YTRG no fue sobreviniente ni intempestiva al servicio militar, como pretendió hacerlo ver el procesado”. (Rad. 158744 del 25 de octubre de 2017, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).



## 102. RECLUSIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA.

Objetivo. Requisitos.

“Aunque el recurrente hace referencia a la prisión domiciliaria, el problema jurídico que se desprende de los argumentos de su recurso es establecer, ¿si es factible sustituir la prisión intramural por la reclusión domiciliaria, dada la enfermedad que actualmente dice padecer el condenado, sin necesidad de acudir a la valoración médico legista que ordene el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad?

Tal y como lo afirmara el A quo, en la legislación penal militar<sup>275</sup> como en la ordinaria<sup>276</sup> se estableció la “reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave” como uno de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad que es factible otorgar por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad ante el diagnóstico de una enfermedad muy grave que sufra el condenado incompatible con la vida en reclusión intramural.

Lo que se busca con ello es proteger a la persona en la salud y la vida, independientemente de su situación jurídica, para que la reclusión no ponga en peligro la integridad física al no recibir oportunamente un tratamiento requerido o, en algunos casos, cuando las condiciones de salud del examinado requieren atención, manejo y cuidados especiales, sobre las cuales advertirá el médico perito, y que a juicio de la autoridad, no podrían proveerse adecuadamente en el establecimiento carcelario donde se encuentra el recluso.

Al respecto de este tema ha dicho la Corte Constitucional<sup>277</sup> que se trata de una obligación del Estado de velar por la salud del interno, sin que sea necesario

275 Ley 1407 de 2010, artículo 68

276 Ley 599 de 2000, artículo 68

277 Sentencias: T-530 de 1999, T-606 de 1998, T-366 de 1999, T-775 de 2002, T-535 de 1998, T-606 de 1998, T-233 de 2001, T-1499 de 2000.



para ello que esté afectado de tal manera que la situación involucre urgencia o peligro para la vida, sino que comprenda también la atención en salud en dolencias de otra índole, en medicina preventiva, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria; el derecho al diagnóstico y a la atención idónea cuando existan dolores intensos u otras condiciones que vulneren el principio del respeto a la dignidad humana.

Para ello, corresponde al perito médico establecer o confirmar el diagnóstico, evaluar la situación de salud actual del examinado y determinar en forma genérica qué tipo de tratamiento requiere y cuáles son las condiciones que deben garantizarse para la recuperación o preservación de la salud, determinando, además, si dicho tratamiento debe ser intrahospitalario o puede ser ambulatorio, condiciones de manejo y cuidado necesarias para la atención adecuada y digna de las circunstancias particulares de salud del examinado, y si estas se requieren de manera permanente o transitoria. Tal dictamen busca ofrecer elementos de juicio a la autoridad judicial que tenga a su cargo el asunto penal, sobre la atención en salud que debe recibir el examinado para establecer si el sitio de reclusión donde se encuentra la persona cumple o no las condiciones mencionadas por el perito médico o si su permanencia en él puede comprometer la salud y la propia vida o la dignidad del enfermo.

El examen del médico legista es un presupuesto que trae la propia norma para conceder el beneficio de la reclusión domiciliaria u hospitalaria<sup>278</sup>, pues no basta con que el diagnóstico de la enfermedad que sufre el paciente sea grave sino que se requiere, además, establecer las condiciones de salud específicas del paciente en sus circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar a efectos de concluir si se encuentra en un estado grave generado por la enfermedad que padece, en tanto una enfermedad catalogada como grave puede no constituir en determinada persona, en un momento dado y bajo ciertas circunstancias, un estado grave por enfermedad.

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a través de la resolución 000524 del 15 de abril de 2009<sup>279</sup>, estableció que en estos eventos el perito médico debe elaborar una historia clínica y realizar un examen clínico completo y, de ser necesario, solicitar por intermedio de la autoridad competente los exámenes paraclínicos o interconsultas con especialistas, en aras de establecer, aclarar o confirmar el diagnóstico, el pronóstico y determinar las condiciones medioambientales, de tratamiento y/o manejo requeridas por el examinado para conservar o recuperar su salud, conclusiones que deberá comunicar de forma clara a la autoridad judicial a cuyo conocimiento este asignado el caso para que tome la decisión de conceder o no el correspondiente beneficio legal.

Bajo las consideraciones precedentes se confirmará la decisión apelada, dado que es necesario que un perito del Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses o un médico oficial que haya recibido capacitación y entrenamiento específico en el tema y siga los lineamientos técnico forenses establecidos en la

278 Ley 1407 de 2010, artículo 68 "Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave. (...) Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado. (...)"

279 Por medio de la cual adopta el reglamento técnico para la determinación médico forense de estado de salud en persona privada de la libertad.



reglamentación correspondiente<sup>280</sup>, conceptúe sobre la incompatibilidad de la vida en reclusión por sufrir el condenado hipertensión arterial y afecciones síquicas que dice ha venido padeciendo”. (Rad. 158374 del 20 de junio de 2017, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).



### 103. RECURSO DE APELACIÓN.

Inviabilidad de aportar nuevos elementos de prueba.

“Los documentos anexados con el recurso de apelación son extraños al proceso penal y no pueden ser calificados como prueba sobreviniente bajo el entendido que no fueron ordenados, practicados y allegados y por supuesto controvertidos dentro de la etapa procesal adecuada (Ley 522,1999 art.394), precisando además que el calificativo de prueba sobreviniente se da en aquella etapa procesal de juzgamiento donde la discusión probatoria está demarcada por la resolución de acusación y de dicha discusión probatoria, emerge la práctica de otra prueba que no era conocida.

En virtud de lo anterior, no es viable en el recurso de apelación aportar elementos de prueba nuevos, por cuanto la apelación se centra en los contenidos fácticos y jurídicos y por supuesto los probatorios sobre los que se presenta la inconformidad. Adicional a ello, no es viable tener en cuenta esa prueba adjunta al recurso de apelación, porque la segunda instancia en su decisión está sujeta a lo probado en la audiencia de juzgamiento y lo decidido en la misma y no por elementos extraños a ello”. (Rad. 158611 del 24 de agosto de 2017, M.P. CR (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Tercera Sala de Decisión).



### 104. RECURSO DE HECHO.

Naturaleza y requisitos para su admisión.

“...el recurso de hecho, denominado “de queja” en la Ley 600 de 2000, es un mecanismo de defensa especial, sometido a un procedimiento breve, que tiene por objeto lograr que el superior enmiende conforme a derecho los errores en que haya podido incurrir el inferior al denegar un recurso de apelación, dicho en otras palabras, este recurso permite que el superior examine si dicha denegación fue acertada o no, revisando los motivos por los cuales se negó el trámite correspondiente al recurso de alzada, lo que en la práctica hace de dicha figura un instrumento de control de admisibilidad para evitar la inequidad. (...)

En lo que respecta a los presupuestos para admitir al recurso de hecho, se infiere de lo reglado en los artículos 364 y 365 de la Ley 522 de 1999 que *i*) es necesario que la apelación sea procedente conforme a lo establecido en el artículo 360 de la misma normativa; *ii*) que la apelación haya sido interpuesta y sustentada

280 Corresponde a la definición de médico legista especializado, quién de acuerdo al artículo 68 de la Ley 1407 de 2010 es quien debe emitir concepto para efectos que el juez de ejecución de penas decida sobre la concesión del beneficio de reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave



en tiempo, es decir, dentro de los tres (03)<sup>281</sup> o cinco (05) días siguientes<sup>282</sup> a la última notificación<sup>283</sup>, ya sea que se trate de autos interlocutorios, o de sentencias y autos de cesación de procedimiento, respectivamente; *iii*) que quien impetere el recurso de hecho, interponga y sustente reposición contra el auto que negó la apelación ante el despacho judicial correspondiente, y subsidiariamente depreque copia de la providencia apelada, de las diligencias, de su notificación y del proveído que deniega el recurso vertical; y *iv*) que el recurrente presente al superior de quien negare la apelación, un escrito en el que exponga los fundamentos que invoca para que se conceda la alzada en cuestión, ello dentro de los tres (3) días siguientes a la recepción de las copias emitidas por el *A quo*". **(Rad. 158728 del 25 de julio de 2017, M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



## 105. RECURSO DE HECHO.

Requisitos de procedibilidad.

"Sentado lo anterior habrá de rememorarse que conforme a las previsiones de la normatividad procesal penal militar y común aplicable al caso concreto, artículos 364 a 366 de la Ley 522 de 1999 y 195 a 199 de la Ley 600 de 2000, en lo no previsto en aquella, el recurso de hecho, denominado de queja en la segunda de estas codificaciones, es un mecanismo de defensa especial, sometido a un procedimiento breve, que tiene por objeto lograr que el superior enmiende conforme a Derecho los errores en que haya podido incurrir el inferior al denegar un recurso de apelación, dicho en otras palabras, permite que el superior examine si dicha repulsa fue acertada o no, revisando los motivos por los cuales se negó el trámite correspondiente al recurso de alzada, lo que en la práctica hace de esta figura un instrumento de control de admisibilidad para evitar la inequidad.

Dos son, así, los fines o propósitos que se buscan a través del mismo, *i*) que el superior revise si el recurso de apelación fue correcta o incorrectamente denegado, y *ii*) que ordene su concesión si el inferior se equivocó al negarlo, siendo esto a lo que deben apuntar los argumentos propios de esta vía de impugnación, so pena que se reputa indebidamente motivado o ausente de argumentación como se detallará a *posteriori*.

A fin de afianzar tales fines, la interposición de este recurso ha de llevarse a cabo en forma adecuada –presupuesto ineludible para su admisión, su estudio y su resolución–, infiriéndose de lo reglado en los artojos 364 y 365 de la Ley 522 de 1999 que para ello es necesario: *i*) que la apelación sea procedente conforme a lo

281 "Artículo 357. Trámite. El recurso de reposición se interpondrá y sustentará por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación. (...)"

282 "Artículo 362. Oportunidad y modo de interponerla. Las apelaciones se interpondrán así: Contra los autos interlocutorios, de palabra en el momento de la notificación, o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes. Contra las sentencias y autos de cesación de procedimiento, de palabra en el momento de la notificación o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes."

283 "Artículo. 354. Oportunidad para interponerlos. Salvo los casos en que la impugnación deba hacerse en estrados, los recursos podrán interponerse por quien tenga interés jurídico, desde la fecha en que se haya proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres (3) días **contados a partir de la última notificación.**"



establecido en el canon 360<sup>284</sup> de la misma normativa; *ii*) que la apelación haya sido interpuesta y sustentada en tiempo, es decir, dentro de los tres (03)<sup>285</sup> o cinco (05) días siguientes<sup>286</sup> a la última notificación<sup>287</sup>, ya sea que se trate de autos interlocutorios, o de sentencias y autos de cesación de procedimiento, respectivamente; *iii*) que quien impetere el recurso de hecho, interponga y sustente reposición contra el auto que negó la apelación ante el despacho judicial correspondiente, y subsidiariamente depreque copia de la providencia apelada, de las diligencias, de su notificación y del proveído que deniega el recurso vertical; y *iv*) que el recurrente presente al superior de quien negare la apelación, un escrito en el que exponga los fundamentos de hecho y de Derecho que invoca para que se conceda la alzada en cuestión, ello dentro de los tres (3) días siguientes a la recepción de las copias emitidas por el *A quo*.

Tradúcese lo anterior en que, quien por vía del recurso de hecho pretenda le sea concedido el recurso de apelación que le fuere negado, no sólo lleve a cabo en tiempo todos y cada uno de los actos procesales de parte que le incumben, sino que además justifique en debida forma las razones para que su pretensión sea despachada favorablemente, justificación que halla su génesis en los principios que rigen la concesión de cualquier impugnación<sup>288</sup>, concretamente en el que enseña que el motivo de inconformidad con la decisión recurrida ha de estar debidamente sustentado.

Esta inconformidad, como ha decantado la Corte Suprema de Justicia<sup>289</sup>, ha de ser apalancada para su acometimiento y prosperidad en argumentos fácticos y jurídicos orientados a demostrar que, amén de la apelabilidad de la decisión inicialmente recurrida, la determinación que denegara el recurso de apelación es incorrecta -bien porque quien la profirió se equivocó en el ejercicio de su órbita funcional, ora porque extralimitándose en sus funciones se pronunció sobre aspectos que no le competían-, y que por tanto, siendo procedente interponer el recurso de hecho, lo correcto es el otorgamiento de la frustrada apelación, ello con miras a que el superior jerárquico del funcionario autor de la negativa, revise la providencia objeto de impugnación<sup>290</sup>, esto -enfatisa la Sala- con estricta sujeción al principio de limitación por cuya virtud la exposición de los motivos de inconformidad con la decisión atacada, determina necesariamente aquellos aspectos sobre los cuales *Ad quem* puede pronunciarse.

284 "PROCEDENCIA. Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia. (...)".

285 "Artículo 357. Trámite. El recurso de reposición se interpondrá y sustentará por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación. (...)".

286 "Artículo 362. Oportunidad y modo de interponerla. Las apelaciones se interpondrán así: Contra los autos interlocutorios, de palabra en el momento de la notificación, o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes. Contra las sentencias y autos de cesación de procedimiento, de palabra en el momento de la notificación o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes."

287 "Artículo. 354. Oportunidad para interponerlos. Salvo los casos en que la impugnación deba hacerse en estrados, los recursos podrán interponerse por quien tenga interés jurídico, desde la fecha en que se haya proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres (3) días contados a partir de la última notificación."

288 Estos principios son: i) que la decisión recurrida sea susceptible de recurso, ii) que éste se proponga antes del vencimiento de los términos legalmente destinados para ello, iii) que al recurrente le asista interés y, iv) que el motivo de inconformidad con la decisión recurrida esté debidamente sustentado. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto abril 14 de 2010, M.P. JORGE LUIS QUENTERO MILANÉS.

289 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 15 de noviembre de 2005, radicación No. 24248.

290 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto julio 02 de 2002, recurso de queja No. 19027, M.P. EDGAR LOMBA-NA TRUJILLO.



*Contrario sensu*, precisa la Sala, en aquellos eventos en que el recurso de hecho carece de dicha sustentación o, existiendo esta, su norte franco no es atacar los aspectos antes citados, mismos que tornan -se itera- la determinación que denegare la pretendida apelación en incorrecta, sino asunto diverso -v.gr. cuando lo que reprocha es el ejercicio argumentativo ínsito a la decisión apelada, convirtiéndose en un verdadero argumento de instancia-, es diáfano que no se satisfacen los fines o propósitos de este mecanismo especial de impugnación y por ende el mismo deberá rechazarse como enseña el precedente del órgano de cierre de esta jurisdicción foral<sup>291</sup> y establece el artículo 197, inciso 3º, de la Ley 600 de 2000, norma esta aplicable al rito penal militar por vía de integración normativa”. **(Rad. 158854 del 26 de junio de 2018, M.P. CN.(RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



## 106. REHABILITACIÓN EN EL PROCESO PENAL MILITAR.

Marco normativo. Procedimiento. Presupuestos.

“ha de tenerse en cuenta que en la actualidad la jurisdicción castrense se encuentra ante una transición de leyes, aplicándose la parte sustantiva de la Ley 1407 de 2010, pero surtiéndose la ritualidad del proceso penal castrense bajo los institutos procesales de la Ley 522 de 1999, en espera de la implementación del esquema procesal de tendencia acusatorio contenido en el código penal militar de 2010<sup>292</sup>.”

Entendido lo anterior, el procedimiento que se debe aplicar para resolver la solicitud elevada corresponde al establecido en el TITULO UNDECIMO EJECUCION DE LAS SENTENCIAS. CAPITULO V DE LA REHABILITACION, contenida en los artículos 601 al 605 de la Ley 522 de 1999, norma que establece la competencia del Tribunal Superior Militar para conocer de la Rehabilitación de Derechos y Funciones Públicas de los condenados por esta jurisdicción especial.

Por otro lado, los presupuestos sustantivos a tener en cuenta para decidir la petición de rehabilitación serán los que establece el artículo 86 la Ley 1407 de 2010, en virtud, a que como se señaló precedentemente, ésta norma derogó la parte sustantiva de la Ley 522 de 1999, que contenía en su artículo 94 dichos presupuestos. Observándose, que la nueva normatividad reprodujo este incidente en forma análoga, ajustándolo a las previsiones del artículo 92 de la Ley 599 de 2000.

Conforme lo anterior, ha de precisarse que la Ley 1407 de 2010 prevé que la “Interdicción de Derechos y Funciones Públicas”<sup>293</sup> tiene la capacidad de producir

291 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto abril 14 de 2010, recurso de queja No. 33648, M.P. JORGE LUIS QUENTERO MILANÉS y auto julio 04 de 2013, recurso de queja No. 41598, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

292 Tribunal Superior Militar, radicado No. 149593 del 20 de mayo de 2016, MP. MY (R) José Liborio Morales Chinome.

293 Ley 1407 de 2010. Artículo 47. “La interdicción en el ejercicio de los derechos políticos priva al condenado del ejercicio de todos los derechos políticos reconocidos en el artículo 40 de la Constitución Política. La interdicción en el desempeño de las funciones



efectos jurídicos por el término establecido para la pena privativa de la libertad en la sentencia<sup>294</sup>. Bajo ese entendido, los presupuestos para que opere la rehabilitación de derechos y funciones públicas se encuentran establecidos en el artículo 86 del estatuto punitivo castrense de 2010, que señala: (...)

Conforme la documentación aportada por la peticionaria, se tiene que su poderdante, TE. JFMM, fue condenado por la justicia penal militar -Juzgado de Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional- mediante sentencia de fecha veinticuatro 24 de octubre de 2012, a la pena principal de tres (3) meses de arresto y multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, por haber sido éste declarado responsable como autor del delito de peculado culposo; habiéndosele concedido la condena de ejecución condicional de la pena, para lo cual se le impuso un período de prueba de dos (2) años<sup>295</sup>. Luego, mediante proveído del primero (1º) de diciembre de 2017, le fue concedida la libertad definitiva al condenado por pena cumplida<sup>296</sup>.

La solicitante aportó dos (2) declaraciones extra proceso, que dan cuenta de la buena conducta observada por el penado durante el período de cumplimiento de la pena<sup>297</sup>, así como constancia emitida por el juzgado de instancia, en la que se certifica que el penado cumplió cabalmente con los compromisos impuestos para hacer efectiva la condena de ejecución condicional<sup>298</sup>.

Además de lo anterior, el Colegiado consideró necesario, en virtud de lo establecido en el artículo 604 del código penal militar<sup>299</sup>, oficiar al Juzgado de Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, para que informara *“la fecha en que cobró ejecutoria la decisión condenatoria, así como la fecha en que el citado uniformado cumplió la pena, igualmente, se den a conocer los motivos por los cuales solo hasta el 1º de diciembre de 2017 se otorgó la libertad definitiva al penado”*<sup>300</sup>.

Como respuesta al requerimiento, se recibió el oficio No. 172 de fecha ocho (8) de mayo de 2018 suscrito por el Juez de Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, en el que informa, entre otros aspectos, que:

---

públicas incluye el formar parte de la Fuerza Pública y de cualquier otro organismo nacional o local de seguridad y de otros cuerpos oficiales armados”.

294 Tribunal Superior Militar, radicado No. 149539, mayo 20 de 2016, MP. José Liborio Morales Chinome.

295 Cuaderno original, folios 1-33.

296 Cuaderno original, folios 34-37.

297 Cuaderno original, folios 40-41.

298 Cuaderno original, folio 44.

299 Ley 522 de 1999. TITULO UNDECIMO EJECUCION DE LAS SENTENCIAS. CAPITULO V. De la rehabilitación. Artículo 604. “Ampliación de pruebas. La entidad que debe resolver la solicitud de rehabilitación puede, dentro de un plazo no mayor de diez (10) días, pedir ampliación o ratificación de las pruebas acompañadas al memorial respectivo”  
Auto del 27 de abril de 2017. CO, folios 48-50.

300 Auto del 27 de abril de 2018, requerido con oficio 237-TSM-S abril 30 de 2018. CO, folios 48-50 y 52, respectivamente.



*“1. La sentencia condenatoria de fecha veinticuatro (24) de octubre de 2012 quedó debidamente ejecutoria el veintidós (22) de noviembre de 2012 (...)”<sup>301</sup>.*

En esas condiciones, se constató que el requisito objetivo, que dispone el inciso 2º del numeral 3º del artículo 86 de la Ley 1407 de 2010, se encuentra cumplido; toda vez que, exceptuada la pena accesoria del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, han transcurrido dos (2) años después de ejecutoriada la sentencia a la fecha en que se elevó la solicitud de rehabilitación, puesto que ésta quedó en firme el veintidós (22) de noviembre de 2012<sup>302</sup>.

Luego, también ha transcurrido la mitad del término impuesto a la pena accesoria, en tanto la interdicción de derechos y funciones públicas tenía como lapso el mismo de la pena principal de arresto, es decir, tres (3) meses, que reducidos a la mitad corresponden a cuarenta y cinco (45) días.

Por otro lado, verificados los requisitos subjetivos de la solicitud de rehabilitación previstos en el artículo 602 de la Ley 522 de 1999<sup>303</sup>, norma procesal aplicable, se tiene que la petición elevada cumple con dichos presupuestos, en tanto se adjuntaron: i) copia de la sentencia de única instancia<sup>304</sup>; sin que sea necesario acreditar la cartilla bibliográfica, en tanto que el penado no estuvo privado de la libertad en centro de reclusión alguno; ii) dos declaraciones extra proceso, como fueron las suscritas por las señoras **ANOG** y **FJL** el día catorce (14) de marzo de 2018, ante la Notaría Única de Marsella (Risaralda), en las que dan cuenta de la buena conducta que como ciudadano ha observado **JFMM** desde hace un poco más de cuatro (4) años como vecino de las declarantes<sup>305</sup>; iii) constancia de fecha diez (10) de abril de 2018, suscrita por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, que da cuenta que el condenado TE. **JFMM** cumplió cabalmente con todas y cada una de las obligaciones que se le impusieron durante el período de prueba en virtud de la condena de ejecución condicional otorgada<sup>306</sup>.

En esas condiciones, la Sala accederá a lo solicitado, por encontrarse cumplidos los requisitos establecidos para conceder la rehabilitación de derechos y funciones públicas al TE. **JFMM**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 86.080.551 expedida en Villavicencio (Meta)”. (**Rad. 158906 del 18 de mayo de 2018, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión**)

301 Cuaderno original, folio 54.

302 Cuaderno original, folio 54.

303 Ley 522 de 1999 Artículo 602. “Anexos a la solicitud de rehabilitación. Con la solicitud de rehabilitación se presentará:

1. Copias de las sentencias de primera, única y segunda instancia, y de casación, si fuere el caso.

2. Copia de la cartilla biográfica.

3. Dos declaraciones, por lo menos, de personas de reconocida honorabilidad, sobre la conducta observada después de la condena.

4. Certificado de la entidad bajo cuya vigilancia hubiere estado el peticionario en el período de prueba de la libertad condicional o vigilada, si fuere el caso”

304 Cuaderno original, folios 1-33.

305 Cuaderno original, folios 40 y 41 respectivamente.

306 Cuaderno original, folio 44.



## 107. SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO.

Aptitud psicofísica. Finalidad de los exámenes médicos regulados en la ley de reclutamiento. Existe libertad probatoria para demostrar la calidad militar.

“Es del caso aclarar a la apelante que el reconocimiento de aptitud psicofísica para la prestación del servicio militar obligatorio, no se concreta con el tercer examen médico como lo afirmó en el líbello de su recurso, pues a la luz de la normativa que reglamenta el proceso de incorporación, dicha condición se define en la primera evaluación psicofísica (Ley 48,1993 art.16)<sup>307</sup>, teniendo el segundo examen médico carácter opcional para verificar la aptitud del conscripto (Ley 48,1993 art.17)<sup>308</sup>, mientras que el tercer examen se practica luego de la incorporación del soldado a efectos de verificar inhabilidades o incompatibilidades para la prestación del servicio militar (Ley 48,1993 art.18)<sup>309</sup>, valoración médica que no realizó por cuanto el SLB JAGQ, al momento de su práctica se había evadido de la unidad . (...)

Ahora bien, resulta cierto en punto de acreditar la calidad militar del SLB JAGQ, que se presentaron algunas falencias en la documentación aportada al sumario para confirmar dicha situación, como lo expuso la impugnante al indicar que en el acta No. 084 del 19 de junio de 2015, mediante la que se hace entrega de los soldados bachilleres incorporados por parte del Distrito Militar No. 16 al Batallón de Policía Militar No. 3, no aparece registrado como integrante del 6º contingente del 2015, al que el mismo en injurada manifestó pertenecía.

Así mismo, la orden del día No. 157 del Batallón de Policía Militar No. 3, a través de la cual se pretende demostrar que el procesado fue dado de alta se allegó de forma incompleta, resultando inútil para demostrar la condición de soldado de JAGQ, puesto que registra en su primera hoja los servicios de régimen interno para la fecha, en un segundo folio relaciona un listado de personas en orden alfabético de las letras G a la M, en donde se observa el nombre del aquí investigado y en la página final registra la firma del Comandante de la Unidad.

Por tanto, el referido documento no puede interpretarse en contexto alguno, como lo hace el *a quo* de manera ligera, pretendiendo acreditar con dicha prueba la calidad militar del procesado. Sin embargo, tampoco puede afirmarse, como lo hace la defensa, que corresponde a un documento a través del cual se signa

307 Artículo 16 [Título II]. "Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización". [Ley 48 de 1993]. "PRIMER EXAMEN. El primer examen de aptitud sicofísica será practicado por oficiales de sanidad o profesionales especialistas al Servicio de las Fuerzas Militares en el lugar y hora fijados por las autoridades de Reclutamiento.

Este examen determinará la aptitud para el servicio militar, de acuerdo con el reglamento expedido por el Ministerio de Defensa Nacional para tal fin."

308 Artículo 17 [Título II]. "Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización". [Ley 48 de 1993]. "SEGUNDO EXAMEN. Se cumplirá un segundo examen médico opcional, por determinación de las autoridades de Reclutamiento o a solicitud del inscrito el cual decidirá en última instancia la aptitud sicofísica para la definición de la situación militar."

309 Artículo 18 [Título II]. "Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización". [Ley 48 de 1993]. "TERCER EXAMEN. Entre los 45 y 90 días posteriores la incorporación de un contingente, se practicará un tercer examen de aptitud sicofísica para verificar que los soldados no presenten inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar.



servicios de régimen interno a su prohijado, puesto que entre la primera hoja que asigna los referidos servicios y la que relaciona al hoy procesado, se omitió adjuntar la totalidad del documento que impide establecer uno u otro hecho.

Además, se advierte que la certificación de calidad militar, que también sirvió de fundamento al *A quo* para acreditar la condición de soldado del procesado no se encuentra firmada por el **SS. GBDLH-Jefe de Personal del Batallón-**, tal como lo advierte el Procurador ante esta instancia en su concepto, falta de refrendación que impide tener como auténtico el documento a la luz del Código General del Proceso (Ley 1564,2012 art.244)<sup>310</sup>.

Pese a todo o anterior, obra en autos constancia médica fechada 23 de junio de 2015, suscrita por el C3. WPG -Régimen Interno de la Compañía I/R del Batallón de Policía Militar No. 3, en la que se certifica que el SLB JAGQ es orgánico de dicha unidad táctica como integrante del sexto contingente de 2015, documento público que permite certeramente establecer que el procesado se encontraba incorporado al servicio militar. Del mismo modo, obra copia de la historia clínica del Hospital Militar Regional de Occidente, en la que consta que JAGQ fue atendido en dos oportunidades, esto es el 14 de junio de 2015 y 23 de junio de 2015, dada su investidura como Soldado del Ejército Nacional. Condición sin la cual no hubiera podido acceder a los servicios sanitarios prestados por la institución castrense.

Adicionalmente, el SLB. JAGQ fue desacuartelado mediante Orden Administrativa de Personal No. 2148 expedida por el Comando del Ejército Nacional. Acto administrativo que goza de la presunción de legalidad y que es indicativo de la calidad militar que ostentaba el procesado (TSM. Rad.156545 nov.2010)<sup>311</sup>, al punto que, en virtud de ello, se dio término a la prestación del servicio militar obligatorio que cumplía SLB JAGQ.

En estas condiciones, valorando el conjunto probatorio obrante en el plenario bajo la sana crítica, la Sala desestimaré el razonamiento que respecto de la irregular incorporación al servicio militar del procesado hizo la defensa, pues pese a las fallas en la emisión de algunos documentos, resulta evidente que éste estaba incorporado al servicio militar obligatorio como orgánico del Batallón de Policía Militar No. 3 con sede en Santiago de Cali – Valle, se itera, no de otra manera hubiera podido acudir al sistema de salud de las Fuerzas Militares y mucho menos haber sido desacuartelado mediante acto administrativo.

310 **Artículo 244 [Título Único]. Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012].** "DOCUMENTO AUTÉNTICO. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso..."

311 **Tribunal Superior Militar (2 de noviembre de 2010). Rad. 156545 [M.P. TC. Camilo Andrés Suarez Aldana]** "Resulta oportuno señalar que: "los actos administrativos tienen la capacidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva en beneficio o a cargo de una persona, o permiten aplicar a esta una situación jurídica objetiva". Son precisamente estos los efectos que acontecen cuando un militar o policial es dado de alta o retirado del servicio, por licenciamiento, concepto jurídico o sanidad, mediante una orden administrativa de personal, lo que nos permite afirmar que la condición de militar o policial en servicio activo se mantiene desde que es dado de alta o ingresa al escalafón, hasta cuando se produce la comunicación del acto administrativo que le retira del servicio activo"



Precisado lo anterior, resulta evidente JAGQ fue incorporado al Ejército Nacional para prestar el servicio militar obligatorio, por lo que registrada su ausencia de las filas militares por un término superior a los cinco días sin autorización alguna, se configuró el tipo objetivo descrito en el artículo 109 del Código Penal Militar”. (Rad. 158783 del 16 de abril de 2018, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión)



## 108. SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD PENAL.

Inimputables e imputables. La inimputabilidad no suprime la tipicidad subjetiva.

“No obstante, es nítido que la discordia con la determinación judicial se origina en las consecuencias jurídicas derivadas del concepto médico legal, vertido en la experticia BOG-2015-002490<sup>312</sup>, expedida por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a través del cual se determinó que CCTC “...presentó al momento de los hechos una dificultad cognitiva que no le permitió comprender la ilicitud del acto que se investiga y autodeterminarse, constituyéndose en término de la psiquiatría forense en una inmadurez psicológica.”

Para resolver el asunto es preciso recordar que tanto el estatuto penal ordinario, como el penal militar, prevén dos sistemas de responsabilidad penal; uno para los imputables, estos es, para aquellas personas que al momento de la realización de la conducta actúan culpablemente, por cuanto tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y adecuar su conducta conforme a dicha comprensión, para quienes se establecieron penas, a condición de que su conducta no solo fuera típica, antijurídica, sino además culpable.

Y, otro, para los inimputables, esto es, aquellas personas que no pueden actuar culpablemente, en razón a que para el momento de la realización de la conducta criminal padecen trastornos mentales o inmadurez psicológica que le impiden comprender la ilicitud de su comportamiento o determinarse de acuerdo a dicha comprensión, y para éstos, el codificador penal previó la imposición de medidas de seguridad.

Como se aprecia, se trata de un derecho penal culpabilista, en el que, considerándose que los inimputables no tienen capacidad de actuar culpablemente, no les es exigible que su comportamiento sea culpable, basta, de cara a la responsabilidad penal, que su conducta sea típica y antijurídica para que se les irrogue una medida de seguridad que tiene como finalidad<sup>313</sup> su protección, curación, tutela y rehabilitación.

Para el caso en concreto, sin lugar a dudas se comprende que la conducta del IMAR. CCTC se adecuó a la descripción comportamental recogida en el artículo 109

312 Folios 174 a 180 del C.O. 1

313 Artículo 12 de la Ley 1407 de 2010



de la Ley 1407 de 2010, al desertar, sin justificación alguna, de la unidad militar donde prestaba su servicio a la Patria y por más de cinco días consecutivos. (...)

De la diligencia de descargos, como de las demás pruebas que nutren el proceso se aprecia sin lugar a dudas que la acción finalísticamente ejecutada por el justiciado fue la dejación de sus deberes de presencia del Batallón de Policía Naval Militar N° 70, donde prestaba su servicio militar, por más de cinco días; también se comprende de dichas probanzas que CCTC conocía los elementos objetivos, constitutivos de la conducta criminal.

Sin embargo también es nítido que CCTC no tenía la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y autodeterminarse conforme a dicha comprensión, pues su inmadurez psicológica se lo impedía; tan claro resulta esto, que al otear integralmente sus exculpaciones, encontramos cómo él mismo expresó: “Quisiera hablar con el psicólogo para saber por qué yo me fui, yo quiero hablar con él para explicarle toda la situación, me declaro inocente porque ya me sentía aburrido de estar aquí y me sentía con depresión de estar aquí.”<sup>314</sup>

Este aspecto del dolo, doctrinariamente conocido como valorado, y estudiado en sede de culpabilidad, es el que en este asunto no puede ser estructurado en virtud a la inmadurez psicológica que tenía el procesado para el momento de la realización de la conducta.

Dicha inmadurez, como se viene de expresar, permite determinar que CCTC estaba en incapacidad de actuar culpablemente, por ser inimputable en los términos del artículo 34 de la Ley 1407 de 2010.

Crear como lo hizo el Juez Primario, que la inimputabilidad suprime la tipicidad subjetiva del comportamiento, es tanto como aceptar que los inimputables no son responsables penalmente, lo cual es un desacierto, pues como ya quedó dicho, sus comportamientos están previstos dentro del régimen de responsabilidad penal, bajo las condiciones ya expuestas.

El dolo motivo de análisis en sede de tipicidad, conforme a la teoría del delito por el juzgador acogida, es aquel denominado avalorado, y no el valorado que se estudia en el plano de la culpabilidad, es decir, aquella comprensión y autodeterminación frente a la ilicitud del comportamiento.

Coherente con la línea de pensamiento aquí expresada y que en todo coincide con el concepto del delegado del Ministerio Público ante esta Instancia, es palmario que la razón se pone del lado del recurrente que pidió declarar la responsabilidad penal del acusado y por tanto la imposición de una medida de seguridad.

Consecuente con lo anterior, la Sala no ve alternativa diferente que revocar el fallo atacado de la fecha atrás indicada y en su lugar Declarar que CCTC es



responsable penalmente del delito de desertión, en calidad de inimputable, y por tanto se le impondrá una medida de seguridad.

Como de la experticia médico legal se conoce que CCTC no padece un trastorno mental sino una inmadurez psicológica, la medida de seguridad que se le impondrá será la de internación en establecimiento público o privado, según corresponda, a través del Subsistema de Salud para las Fuerzas Militares – Armada Nacional, tal como está dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1407 de 2010, con miras a que al enjuiciado se le brinde “...intervención terapéutica por psicología que le facilite la introspección sobre sus rasgos en los que tiene pobre capacidad de análisis de situaciones por deficiencias cognitivas...”

La medida de seguridad impuesta no podrá exceder los dos años, que es el máximo de la pena fijada para el delito de desertión, tal como está regentado en el inciso final del canon 72 en armonía con el artículo 109 de la codificación atrás comentada”. (Rad. 158610 del 21 junio de 2017, M.P. TC. (RA). NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Segunda Sala de Decisión).



## 109. SOLICITUD PROBATORIA.

Carga argumentativa del peticionario.

“De lo examinado en precedencia, fulgura que la sistemática probatoria penal, reclama del peticionario sustentar la pertinencia y conducencia de la prueba que depreca, por definirse incontrastable la naturaleza individual o propia de la finalidad de la misma, toda vez que la solicitud de los medios de convicción obedece a un típico querer e interés de parte, conforme a la pretensión que esta tabula en el proceso, de ahí, que su decreto y su aducción viene mediada necesariamente por una amplia regulación que demanda de esa parte a título de carga específica, no solo verificar su objeto específico, sino defender su legalidad y utilidad, en tanto, que la declaratoria de pruebas a cargo del Juez estipula que ha de estar prevalida de la evaluación preferida al objeto de la acusación, su pertinencia, utilidad, procedencia y admisibilidad, máxime cuando en la etapa de Juicio la actividad probatoria presenta la particularidad de que las pruebas que ingresan al debate de la Corte Marcial deben orientarse única y exclusivamente a establecer los hechos pertinentes de la teoría del caso, tanto de la Acusación como de la defensa, es decir, deben ser conducentes a la materia del litigio.

Aquello, entonces, de que la prueba pertenece al proceso, tiene amplios matices en lo que respecta a una sistemática que aquilata principios que emplazan la actividad probatoria tanto en el sistema con tendencia Inquisitiva como en el Sistema Oral o Adversarial frente al asunto de la solicitud probatoria y la carga procesal de quien la reclama, dado que como ya se anotó y como bien lo precisa nuestro apreciado Procurador Judicial 13 Penal II, tenemos que para el decreto de pruebas surge de manera diáfana una obligación vinculante en una doble dimensión, de un lado, el deber de ponderación de su conducencia, pertinencia



y utilidad y por ende de su procedencia y admisibilidad en cabeza del juzgador, y correlativamente, el deber insoslayable de la parte interesada que la depreca, de argumentar adecuadamente su conducencia, pertinencia y utilidad y por ende su finalidad, como bien lo ha precisado la Honorable Corte Suprema de Justicia en precedente que trae a colación el Ministerio público ante el Ad Quem: (...)

Así las cosas, tenemos que examinando detalladamente tanto el memorial de la petición de pruebas presentado por la Defensa el 09 de Febrero de 2017 ante el Juzgado de Departamento de Policía Risaralda, como el líbello sustentatorio del recurso de Apelación interpuesto, refulge que el ilustre togado no solo olvida la obligación insoslayable que comporta su carga argumentativa sobre la conducencia, pertinencia y utilidad de pruebas que depreca, sino también el alcance que abarca el Decreto y Práctica de las pruebas en la etapa de Juicio, como a bien lo advierte el A Quo en el Auto Interlocutorio adiado el 20 de Febrero de 2017". (Rad. 158666 del 31 de julio de 2017, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZARATE, Cuarta Sala de Decisión)



## 110. TÉRMINOS JUDICIALES.

Propósito. Preservan el principio de preclusión de los actos procesales.

"No empee, como dan cuenta las fojas, dicho profesional del Derecho con miras a la interposición y sustentación de los pluricitado recursos, envió a las 17:40 horas -05:40 de la tarde- del miércoles 02 de mayo de 2018, un e-mail desde la dirección de correo electrónico abogado2011@hotmail.com y al buzón electrónico del despacho instructor, mensaje en el que anunciaba se trataba del envío de "RECURSO DE REPOSICIÓN DE LA PROVIDENCIA EMITIDA POR SU DESPACHO EL DIA 20 DE ABRIL DE 2018", agregando "LOS FISICOS LOS ALLEGARE EL DIA DE MAÑANA", ello "en archivo Word y sin firmas" como da cuenta la constancia secretarial visible a folio 311 del C.C. No.2, acción que complementó con la presentación en medio físico del escrito sustentatorio de aquellos en la secretaría del Juzgado 95 de Instrucción Penal Militar a las 08:36 horas del 03 de mayo siguiente, resultando, en consecuencia, más que palmaria la extemporaneidad de la interposición y sustentación de los medios de impugnación ordinarios a que acudió.

Que los días y horas en que debieron interponerse y sustentarse los recursos intentados por el pluricitado defensor son los señalados con inmediata precedencia y no otros distintos, resultando ser ineluctable la conclusión de extemporaneidad a la que arriba esta Sala de Decisión, resulta indiscutible con apalancamiento en lo que objetivamente da cuenta la actuación procesal, en lo mandado por las normas adjetivas ya reseñadas y en lo que al respecto han aquilatado la jurisprudencia nacional y este Tribunal habida cuenta que los términos procesales – cuya génesis es el principio de preclusión<sup>315</sup>- son espacios de tiempo señalados por los Códigos de

315 La voz "preclusión", que se deriva de la latina "praeclusio" y de la italiana "occlusione" y significa la acción de cerrar, encerrar, clausurar, impedir o cortar el paso, fue introducido en el léxico jurídico-procesal por Chiovenda.



Procedimiento o excepcionalmente sometidos al *arbitrio judic*<sup>316</sup>, que constituyen el momento o la oportunidad que la ley establece para la ejecución de las etapas o actividades que deben cumplirse dentro del proceso por el juez, las partes, los terceros intervinientes y los auxiliares de la justicia,(...)

En síntesis, partiendo del hecho consistente en que el señalamiento de términos judiciales preserva el principio de preclusión y permite asegurar la vigencia de los principios constitucionales de igualdad procesal y seguridad jurídica, ya que al imponerles a los sujetos procesales la obligación de realizar los actos procesales en un determinado momento -so pena de que precluya su oportunidad-, garantiza la debida contradicción y otorga certeza sobre el momento de consolidación de una situación jurídica, irrefutable y meridiano resulta que para el día y hora en que el defensor AURELIO FERNÁNDEZ enviara correo electrónico al juzgado instructor contentivo de la interposición y sustentación de los ya referidos recursos -17:40 horas o 05:40 de la tarde del miércoles 02 de mayo de 2018-, había fenecido la oportunidad al efecto, sin que el dislate cometido por el titular del despacho instructor al pronunciarse<sup>317</sup> sobre el recurso horizontal propuesto siendo este flagrantemente intempestivo y anacrónico, desconociendo incluso la constancia secretarial obrante a folio 309 del C.C. No.2, pueda entenderse como una prórroga de aquella oportunidad<sup>318</sup> o como un error que podía alterar el plazo legal fijado y producir efectos provechosos para los sujetos procesales, razones más que suficientes para que esta Corporación se abstenga de conocer del recurso de alzada y de pronunciarse de fondo sobre su contenido en razón de su extemporaneidad, consecuente con ello, se dispondrá la devolución del sumario al juzgado instructor para lo de su competencia”. (**Rad. 158948 del 25 de junio de 2018, M.P. CN. (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión**).



## 111. TÉRMINOS PROCESALES.

Consecuencias derivadas de la reducción del término de traslado a los sujetos procesales para presentar alegatos precalificatorios.

“Ahora bien, contrastadas estas dos posturas, salta de bulto que le asiste razón a la falladora de primera instancia, en tanto los términos procesales tienen un alcance perentorio, en punto que no sólo preservan el principio de preclusión o eventualidad, sino que además permiten en relación con las partes asegurar la vigencia de los principios constitucionales de igualdad procesal y seguridad jurídica, ya que les impone la obligación de realizar los actos procesales en un determinado momento so pena de que precluya su oportunidad, aparte

316 Precisamente, el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, en relación con esta última alternativa, dispone que: “A falta de término legal para un acto, el juez señalará el que estime necesario para su realización de acuerdo con las circunstancias, y podrá prorrogarlo por una sola vez, siempre que considere justa la causa invocada y que la solicitud se formule antes del vencimiento”.

317 Juzgado 95 de Instrucción Penal, auto mayo 08 de 2018, CT. NICOLÁS MAURICIO ROCHA CASTILLO, folios 324 a 335 C.C.2.

318 Ley 522 de 1999, artículo 349, “Prórroga. Los términos legales o judiciales no pueden ser prorrogados sino a petición de parte hecha antes del vencimiento, por causa grave y justificada. El juez por una sola ocasión, concederá la prórroga, que en ningún caso puede exceder de otro tanto al término ordinario”.



de garantizar el derecho de contradicción y permitiendo al investigado tener la certeza sobre el momento en que se consolidará una situación jurídica. (...)

De lo transcrito puede observarse que si bien mediante auto del 30 de marzo de 2017 se corrió el traslado a los sujetos procesales para que presentaran sus escritos, hasta el 18 de abril del mismo año, fecha en que se calificó el mérito del sumario, ninguno de los sujetos procesales –sindicado, defensor o ministerio público- habían presentado sus libelos precalificatorios -pues hasta ese momento no se había constituido como parte civil el Ministerio de Defensa- por lo tanto naufraga en su intención la apelante al manifestar que aminoró la carga del procesado porque le cesó procedimiento por el delito de Peculado sobre bienes de dotación y le concedió la libertad por vencimiento de términos –a pesar de haberlo acusado por el reato de Deserción-, y menos que mermara, quitara o limitara los términos a los sujetos procesales; por el contrario, lo que advierte la Sala es que se coartó a las partes de la posibilidad presentar sus alegatos en un lapso de dos (2) días que faltaron para el vencimiento de los ocho (8) días, pues recordemos que el artículo 553 de la Ley 522 de 1999 es clara en expresar: *“Ejecutoriado el auto de cierre de investigación, se ordenará traslado por ocho (8) días a los sujetos procesales para presentar las solicitudes que consideren necesarias con relación a las pretensiones sobre la calificación. **Vencido el término anterior, el Fiscal calificará el mérito del sumario, en un plazo máximo de quince (15) días hábiles**”.* (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Si bien se advierte que se trató de una equivocación en el cálculo de los términos como lo esgrimió la censora, estamos frente a una pretermisión de términos que limitó el derecho de defensa y el debido proceso, en cuanto se pudo considerar ésta como una oportunidad para reforzar los argumentos defensivos, luego, en tratándose en el fondo de un hecho omisivo, violatorio del derecho de defensa, no puede convalidarse la nulidad frente al silencio de las partes, pues es el mismo artículo 392 del Código Penal Militar el que señala que no se declarará la invalidez de lo actuado cuando el acto cumpla la finalidad para el que estaba, *“siempre que no se viole el derecho de defensa”*; por tanto al no existir otro medio a través del cual se pueda subsanar esta irregularidad, deberá confirmarse la nulidad declarada por el A quo.

Sumado a ello, no podemos olvidar que el debido proceso instituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda legítimamente imponer sanciones, cargas o castigos, por lo que se constituye en un límite al abuso del poder de sancionar, y con mayor razón se considera un principio rector de la actuación judicial. Comprende un conjunto de principios y garantías constitucionales establecidas a favor de los asociados que limitan la actividad de los jueces y fiscales, en cuyo concepto se incluye el derecho a que se respete las formas propias de cada juicio, de modo tal que el desconocimiento de las distintas etapas que disciplinan el rito, así como de los principios que la Constitución y la ley han definido como rectores de la actividad judicial, da lugar a viciar de ineficacia lo irregularmente actuado y la consecuente corrección mediante el remedio extremo de la nulidad.



Se advierte entonces que estamos frente a la violación de las formas propias del juicio, es decir, el desacato de reglas y preceptos que le otorgan autonomía a cada clase de proceso y permiten diferenciarlo de los demás establecidos en la ley, advirtiendo, se itera, que el yerro que se vislumbra al aminorar el término de traslado que tenían las partes para presentar sus alegatos precalificatorios transgredió -por parte de la apelante- el debido proceso -garantía constitucional que incluye como elemento determinante la obligatoriedad de las formas propias de cada juicio-. Con este principio lo que buscó el legislador fue asegurar que, en todos los trámites judiciales o administrativos se apliquen las normas previamente definidas por la ley para el tipo de asuntos, con la finalidad de que quien acude a los jueces o a la administración de justicia, o es llamado por ellos, no sea sorprendido por nuevas disposiciones, ni sea tratado de manera diferente a aquella en que lo son quienes se encuentran en sus mismas circunstancias. Se preserva así el valor de la seguridad jurídica y se hacen valer los postulados de la justicia y de la igualdad ante la ley.

Pertinente resulta rememorar que la investigación penal militar se caracteriza en su estructura por las garantías que permiten equilibrar postulados de legalidad, formas propias de cada juicio, publicidad, y en particular el de contradicción, entre muchas otras, de manera que para decretar la nulidad se debe precisar cuál de esas garantías se quebrantó y la causal concreta: violación al derecho de defensa o vulneración del debido proceso, dada la prevalencia del principio de taxatividad, proporcionando las razones de su desacuerdo". (**Rad. 158714 del 08 de septiembre de 2017, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión**).



## 112. TESTIMONIO DE MENOR DE EDAD.

Alcance de la participación del defensor de familia.

"De otro lado, el censor cuestionó la forma como fue recepcionado el testimonio del menor lesionado, por haberse surtido sin la presencia de un representante del Bienestar Familiar que hubiese constatado el nivel de desarrollo cognoscitivo del menor, razón por la cual estima vulnerados sus derechos fundamentales y la necesidad de no revictimizarlo.

Frente al particular, la Sala advierte que el joven DHC al momento de rendir su testimonio, se encontraba acompañado de su señora madre, YFCC; menor que narró con detalle las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, siendo coherente en las respuestas dadas a las preguntas del Juzgado de Instrucción, al punto de señalar en forma directa como su agresor al OJEA.

Bajo ese entendido, aunque el artículo 150 la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la adolescencia)<sup>319</sup> prevé la participación del defensor de familia cuando

319 **ARTÍCULO 150. PRÁCTICA DE TESTIMONIOS.** Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior. Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este res-



se trate de diligencias judiciales que involucren menores de edad, dicha formalidad no constituye requisito de validez de este medio de prueba como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia<sup>320</sup>, puesto que la presencia del Defensor de Familia tiene como finalidad la protección de los derechos de los menores en el desarrollo de las diligencias judiciales<sup>321</sup>, derechos que no fueron conculcados con la declaración vertida al interior de la indagación preliminar, por lo que la prueba resulta válida, pudiendo en un futuro ser ampliada a criterio del Juez o por solicitud de las partes”. (Rad. 158649 del 26 de febrero de 2018. M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión).



## 113. TESTIMONIOS.

Requisitos para su validez. Exclusión de la prueba.

“Al repasar el Capítulo V, del Título Séptimo de la Ley 522 de 1999, referido al testimonio, encontramos que para nuestro sistema de procesamiento el legislador estableció los requisitos y las formalidades que se deben tener en cuenta para la legalidad y validez del testimonio, e incorporó no sólo las pautas<sup>322</sup> que el juez debe observar a la hora de recepcionar una declaración, sino también las prohibiciones,

---

ponda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.

El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación.

A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente.

320 “En consecuencia, la intervención del defensor de familia representa un instrumento de protección a los derechos de los niños, niñas o adolescentes, pero no un requisito de validez para un medio de prueba incorporado a la actuación procesal penal, por lo que el ataque presentado en este sentido carece de fundamento, con mayor razón si se tiene en cuenta que en este caso en particular, las entrevistas se llevaron a cabo por la propia entidad encargada de la salvaguarda de los derechos de los menores, lo que se traduce en que de todos modos fue dispensada la garantía de protección del niño”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No.41377 del 17-06-15, MP. Dra. Patricia Salazar Cuellar.

“La censura se concreta en que de acuerdo con el mandato del artículo 150 de la Ley 1098 de 2006 es necesaria la presencia del Defensor de Familia cuando, aún en las etapas de indagación e investigación, se reciban declaraciones y entrevistas a niños y adolescentes. Condición que en efecto, según se puede verificar en este caso, estuvo ausente en las exposiciones que fuera del juicio brindaron los menores ante los funcionarios de policía judicial.

Sin embargo, de esa desatención no se deriva, como lo pretende la impugnante, la ilegalidad de las pruebas de referencia que finalmente se admitieron por la juzgadora de primera instancia, pues importa acotar que la presencia del Defensor de Familia constituye por esencia no una garantía para el procesado, sino para los menores de edad que ofrecen su declaración a efectos de preservar y proteger la vigencia de sus derechos, pero, en todo caso, no es un requisito de validez de la prueba de referencia documentada ofrecida en el juicio por el acusador, por lo que el reparo carece de fundamento.

De allí que la irregularidad que ciertamente puede advertirse, carece de trascendencia frente al decurso del proceso y en relación con las definiciones probatorias que pudieron los falladores extraer de dichas manifestaciones, ingresadas de manera documental a su conocimiento a través de los testigos de acreditación, importando precisar que las declaraciones realizadas al margen del juicio oral pueden ser presentadas de manera escrita, como ocurrió en este evento, o de forma verbal, o incluso provenir de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, siendo lo relevante que su valor suasorio en punto de su asunción como pruebas de referencia, de antemano menudado por disposición legal, lo asigna el juez dependiendo, entre otros factores, de las condiciones en que resultaron recaudadas y transmitidas en la vista pública.

La ausencia del Defensor de Familia, en consecuencia, ningún efecto adverso tuvo frente a las pruebas de referencia admitidas a que accedieron, por lo que en nada comprometieron su legalidad.” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 42044 del 30-09-15, MP. Dra. Patricia Salazar Cuellar.

321 “La presencia del defensor de familia en las entrevistas recibidas a menores en actuaciones judiciales de contenido penal, constituye una condición impuesta a efectos de garantizar y proteger los derechos preferentes de niños, niñas y adolescentes, ideario constitucional desarrollado funcionalmente en el artículo 79 de la Ley 1098 de 2006”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No.41377 del 17-06-15, MP. Dra. Patricia Salazar Cuellar.

322 Artículo 439 de la Ley 522 de 1999



contenidas en el artículo 438<sup>323</sup> *idem*, referidas al deber del juez en abstenerse de sugerir respuestas, de formular preguntas capciosas y ejercer violencia sobre el testigo.

La pretermisión de una cualquiera de las prohibiciones o reglas para la recepción del testimonio, sin ambages impacta el principio de regularidad de la prueba que inspira el debido proceso probatorio, al punto que por tal razón está prohibido apreciar una prueba cuando ésta no haya sido ordenada, admitida o producida de acuerdo con las formalidades legales, esto es, cuando se haya desconocido el principio de legalidad de que trata el artículo 392 del instrumento procesal comentado.

Bajo esta comprensión es claro que la remisión al estatuto adjetivo ordinario, como lo intenta la defensa, no tiene fundamento, si se mira que para nuestra justicia especial el legislador reguló completamente la materia, al establecer no sólo los requisitos, sino también las formalidades que se deben atender a la hora de recepcionar una testificación.

Así se puede apreciar de la lectura de los cánones 437<sup>324</sup> y 438<sup>325</sup> *ibidem*, que, como verdaderas disposiciones de garantía, establecen requisitos inexcusables para la recepción del testimonio, como también de la lectura del arto 439 *ejusdem*, en el que se introdujeron las reglas para la práctica de la jurada.

Ya habíamos referido cómo el artículo 29 constitucional introduce al ordenamiento el derecho – garantía no sólo a un debido proceso en sentido general, sino también a uno más específico llamado debido proceso probatorio, cuya vulneración genera una nulidad de pleno derecho o inexistencia, tal como se entiende de la lectura del inciso final de la previsión comentada que expresamente regla: *“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”*<sup>326</sup>

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la cláusula de exclusión que opera frente a la prueba ilícita y la ilegal tiene diferencias, pues mientras la primera tiene lugar cuando la prueba ha sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales del individuo; la segunda, por el contrario, se concreta cuando se desatienden, en forma trascendente, las reglas establecidas por el legislador para el recaudo, aducción o aporte al proceso, esto es, cuando se pretermite el principio de legalidad de la prueba.

Así mismo, ha reconocido que las consecuencias jurídicas de una y otra también son diversas, pues mientras respecto de la primera -la ilícita- opera la exclusión de pleno derecho del caudal probatorio, con relación a la segunda -la irregular o

323 “PROHIBICIÓN. El juez se abstendrá de sugerir respuestas, de formular preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo.”

324 EXAMEN SEPARADO DE TESTIGOS. Los testigos serán interrogados separadamente, de tal manera que no puedan saber ni escuchar las declaraciones de quienes les hayan precedido.

325 PROHIBICIÓN. El juez se abstendrá de sugerir respuestas, de formular preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo.

326 Constitución Política de Colombia, artículo 29.



ilegal- se impone el deber por parte del funcionario judicial, antes de determinar su exclusión, de analizar si el requisito legal pasado por alto es fundamental o no, pues de no serlo la prueba no debe ser excluida y por contera deberá ser tenida en cuenta y valorada; así lo ha irradiado la jurisprudencia penal(...)

Al revisar el contenido integral de los testimonios, encontramos que si bien el interrogante formulado por la funcionaria judicial sugiere la autoría del oficial, es igualmente cierto que el mismo no se estima fundamental o trascendente, como quiera que con tal formulación, para este caso específico, no se evidencia el avasallamiento de las garantías del procesado, pues no por tal interrogación los deponentes hablaron del conocimiento que tenían acerca del compromiso penal del oficial en los hechos.

Los relatos ofrecidos por los uniformados, por demás espontáneos y coincidentes con las testificaciones de ELJT y JDGR, develan hechos y circunstancias que vinculan al sumariado, al menos por ahora, con la muerte de AJPC; por manera que la información suministrada por los soldados profesionales sobre el compromiso penal del teniente en el homicidio, no se da a partir de la formulación tachada de irregular por la defensa, sino por la esencia misma del conocimiento que aquellos tenían de las circunstancias y los hechos presentados.

Así las cosas, estima la Sala que la defensa erró al pedir la nulidad de las declaraciones de los prenombrados soldados profesionales porque desconoció, como atrás se explicitó, de una parte, que la inexistencia de una prueba por ilícita tiene lugar sólo cuando la misma ha sido obtenida con detrimento de las garantías fundamentales, esto es, con violación a la no autoincriminación, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio etc., lo que trae como consecuencia su exclusión del caudal probatorio; y por otra, que la nulidad sólo opera en este tipo de pruebas –ilícitas- cuando ha sido obtenida mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, anulación que puede extenderse a toda la actuación, e incluso puede conllevar al desplazamiento de los funcionarios judiciales que conozcan de dicho proceso.

De otra parte, que, frente a la prueba ilegal o irregular, sólo opera la exclusión de la misma del conjunto probatorio a condición de que la irregularidad o la pretermisión legal en el recaudo, aducción o aporte de la prueba tenga connotación de trascendental, fundamental o medular frente a las garantías del procesado, pues de no ser así el medio de convicción debe ser estimado, como en este asunto deben serlo” **(Rad. 158952 del 24 de agosto de 2018, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Primera Sala de Decisión).**





## 114. TIPOS DE PROCESOS.

Jurisdicción castrense. Principio de preclusividad de los actos procesales.

“De este modo, dentro de la categoría de formas propias de cada juicio, el legislador previó, en tratándose del proceso penal militar, dos tipos específicos de proceso a saber: uno ordinario que comporta el adelantamiento de la totalidad de las fases de investigación, imputación, definición provisional de situación jurídica, acusación, corte marcial o juicio oral, sentencia y ejecución; y otro, de índole abreviada, en el cual es dable la renuncia por parte del imputado o acusado –voluntaria, consciente, informada y asistida por un defensor técnico- al derecho de no autoincriminarse, a los derechos de defensa y contradicción y al derecho a tener un juicio público, oral contradictorio, concentrado, imparcial y sin dilaciones injustificadas, en el cual le es viable a aquel aceptar su responsabilidad penal en la comisión del injusto culpable endilgado a cambio, según la etapa en que dicha aceptación se produzca<sup>327</sup>, de una concreta y específica rebaja en la pena que habría de corresponderle para el caso de ser hallado penalmente responsable a la culminación ordinaria de la acción penal.

En un contexto procesal tal, compete al administrador de justicia observar y acatar las reglas y preceptos intrínsecos a este o a aquel proceso, siendo el rito ordinario el aplicable según se trate de delitos no pasibles de someterse al proceso abreviado, de eventos en que -no obstante darse esa plausibilidad- no hay aceptación anticipada de responsabilidad penal y de aquellos otros en que el justiciable se trata de un inimputable, mientras que los cauces del segundo de dichos procesos –el de índole abreviada- se seguirán en los supuestos señalados en los artoes 578 a 579 y 97 de las Leyes 522 de 1999 - adicionada por la Ley 1058 de 2006- y 1765 de 2015, teniendo plena materialización en tanto medie la precitada aceptación prematura y voluntaria de responsabilidad penal.

Conviene precisar, habida cuenta de la dinámica propia del derecho procesal penal, que en tratándose de esta dualidad de procesos al interior de la jurisdicción foral, es perfectamente probable que tengan lugar aceptaciones anticipadas de responsabilidad penal pero en forma parcial, o que incluso, en aquellos eventos en que dicha responsabilidad se haya hecho radicar en varios sujetos agentes por vía de la coautoría o de cualquiera de las formas de participación, algunos de estos se acojan al fenecimiento prematuro de la acción penal y otros no, casos en los cuales incumbirá al correspondiente operador judicial, según la etapa procesal en que ello acontezca y como director de la misma, adoptar la decisión que en Derecho corresponda de conformidad con los lineamientos constitucionales, legales, reglamentarios y jurisprudenciales en la materia. (...)

Los lineamientos generales del proceso, y con mayor razón los que tocan con los actos o actuaciones que se surten al interior de los procesos penales demandan, por razón del objeto propio de sus debates –la responsabilidad penal de un coasociado y eventualmente la afectación de su derecho a la libertad-, que toda

327 De hasta la mitad si ello tiene lugar en la diligencia de indagatoria (artículo 97, Ley 1765 de 2015) y de una sexta parte si la aceptación de cargos acontece la etapa de juicio (artículo 579, Ley 522 de 1999, adicionado por el artículo 1º de la Ley 1058 de 2006)



actividad procesal que deba ejecutarse se haga en unos precisos y determinados lapsos dentro de los cuales es dable hacer valer un derecho o llevar a cabo un específico acto procesal, lapsos que –integrados por el “*dies a quo*” y el “*dies ad quem*”– conforman compartimentos estancos los cuales, una vez clausurados, se concatenan con otros similares conformando lo que doctrinariamente se denomina la cadena procesal.

Así las cosas, la actividad de las partes<sup>328</sup> y del mismo funcionario judicial sólo puede tener lugar en esos precisos hitos temporales, de manera tal que una vez agotados estos, aquellos pierden legitimidad como sujetos activos del correspondiente derecho o acto procesal, siéndoles vedado intentar su realización fuera de tales tiempos y oportunidades porque, de hacerlo, carecerían de eficacia<sup>329</sup>.

Lo anterior, que se erige en una de las características del derecho procesal colombiano, se itera, y que consiste en el carácter *preclusivo* de sus actos, se aglutina en el denominado “principio de *preclusividad* de los actos procesales”, mismo que conlleva que cada trámite procesal se cumpla a partir de etapas previstas en tiempos y oportunidades diferentes, las cuales son obligatorias para el juez y los demás sujetos procesales, por lo que una vez superadas impiden, so pena de nulidad, retrotraer la actuación y/o revivir términos o etapas procesales ya fenecidos y clausurados”. (Rad. 158700 del 14 de marzo de 2018, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).



## 115. LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL MILITAR.

Está facultada para impugnar directamente el auto inhibitorio, siéndole exigible el cumplimiento de los requisitos de forma y fondo inherentes a la sustentación del recurso.

“El artículo 458 del Código Penal Militar de 1999<sup>330</sup>, permite tanto al denunciado, como a la víctima o querellante designar apoderado para que los represente en el trámite de los recursos. Así las cosas, el denunciante tiene la posibilidad de interponer el recurso de apelación contra el auto inhibitorio, bien directamente o, a través, de apoderado que lo represente, entendiéndose que no es obligatoria tal designación.

328 “La noción de “partes”, no empee ser más propia del procedimiento civil en tanto lleva implícita la idea de intereses en contienda, al interior de codificaciones como la Ley 522 de 1999 o la Ley 600 de 2000 se utiliza de manera general e indistinta para referirse a aquellas personas que intervienen regularmente dentro del trámite procesal y tienen en el proceso derechos y obligaciones”. TSM, Sala 3ª de Decisión, radicado No. 158813, noviembre 24 de 2017, M.P. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA.

329 CSJ, radicado No.19960, sentencia marzo 20 de 2003, M.P. HERMAN GALÁN CASTELLANOS, reiterada en radicado No. AP4690-2014.

330 “Artículo 458. Auto inhibitorio. El funcionario se abstendrá de iniciar el proceso cuando de las diligencias practicadas apareciere que el hecho no ha existido o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse. Tal decisión se tomará en auto interlocutorio, contra el cual proceden los recursos ordinarios por parte del Ministerio Público y del denunciante o querellante. La persona en cuyo favor se haya dictado auto inhibitorio o el denunciante o querellante, podrán designar abogado que los represente en el trámite de los recursos que se hayan interpuesto, quienes tendrán derecho a conocer las diligencias practicadas”.



En ese orden de ideas, el órgano de cierre de la jurisdicción penal<sup>331</sup>, no solo ha aceptado que la víctima, aunque no sea abogado, pueda ejercer directamente el contradictorio, sino, además, que es posible superar los defectos de fundamentación del recurso para resolver de fondo el asunto, dejando sentado eso sí, que dicha situación no exime al apelante del cumplimiento de los requisitos de forma y fondo inherentes a la sustentación del recurso de apelación.(...)

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que ciertamente la víctima o denunciante pueden interponer el recurso de apelación directamente contra la decisión inhibitoria, sin que pueda exigirse un lenguaje técnico so pena de rechazarlo, correspondiéndole eso sí, como mínimo atacar los fundamentos de la decisión inhibitoria. Como lo expresa la Corte Suprema de Justicia en un caso similar, al referir (...)

Concluyendo en consecuencia, que se requiere que el sustento de la impugnación sea apto, en la medida que permita al *Ad quem* evidenciar una equivocación por parte del funcionario judicial de primera instancia que determine la necesidad de modificar la decisión para subsanar el error<sup>332</sup>.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación han señalado insistentemente que el discurso que sustenta el recurso de apelación debe enfrentar adecuadamente, mediante la construcción de una antítesis de la tesis que sustenta la decisión primaria, en un ejercicio dialéctico que permita al *Ad quem*, de forma racional, desembocar en una síntesis o conclusión argumentada frente al preciso tema de inconformidad.

La adecuada motivación del recurso de apelación se encuentra circunscrita a que se presente de manera puntual, sustentada y argumentada las razones de hecho y de derecho que permitan socavar la presunción de acierto y legalidad que reposa en la decisión judicial que se rebate, razones que trazarán el sendero sobre el cual debe conducirse la labor del funcionario de segundo grado, que tiene bajo su cargo la tarea de resolver el recurso presentado, sin que pueda desviarse del camino que precisamente le propusiera la impugnación". **(Rad. 158583 del 30 de agosto de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Segunda Sala de Decisión)**

331 Corte Suprema de Justicia, radicado No. 37449 octubre 19 de 2011, MP. SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ.

332 Tribunal Superior Militar, Tercera Sala de Decisión, providencia del 03 de febrero de 2016, Rad. 158252, MP. CN. Julián Ordúz Peralta.



# Justicia Penal Militar y Policial

Por una Jurisdicción expedita y transparente

Revista Judicial

Tribunal Superior Militar y Policial

Bogotá D.C