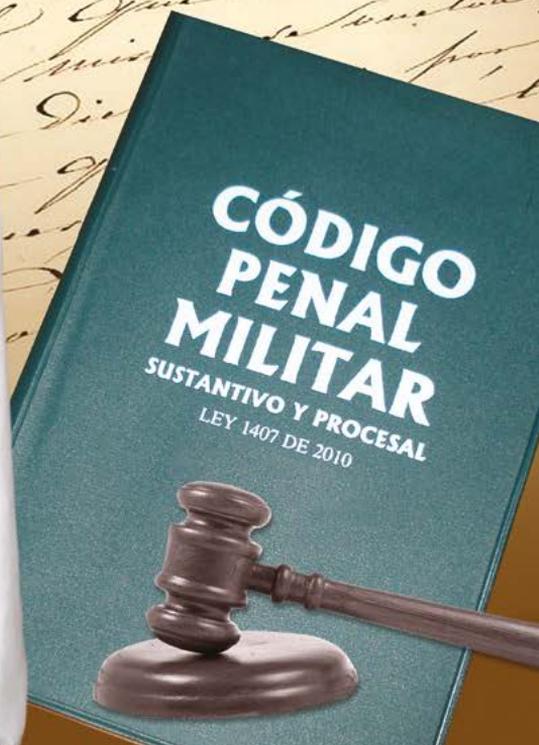


Revista Judicial Tribunal Superior Militar

Edición No. 009 Junio de 2017

Compilación jurisprudencia





“La Justicia es la reina de las virtudes republicanas y con ella se sostiene la igualdad y la libertad”

- Simón Bolívar.

**CÓDIGO
PENAL
MILITAR**

Auténtico

Básica

ABIA

1.1.1

INSTITUTO
PROFESIONAL



Tabla de Contenido



Vista anterior



Página anterior



Página siguiente



Cerrar



Ver Providencia completa



Justicia Penal Militar y Policial

CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA

Presidente Tribunal Superior Militar

CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

Vicepresidente Tribunal Superior Militar

DRA. CLARA CECILIA MOSQUERA PAZ

Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar

BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE

CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA

CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ

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

REL. BERLEDIS BANQUEZ HERAZO

ESC. SANDRA PATRICIA ACHURY URQUIJO

S3. JOSÉ LUIS MUÑOZ MARCHAN

Comité de Revisión

JENNYFER MOLINA SÁNCHEZ

Dirección de Arte

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

Diseño



Tribunal Superior Militar, Magistrados

2015



(De izquierda a derecha)

BG. María Paulina Leguizamón Zárate

CR. Ismael Enrique López Crillo

CN. Julián Orduz Peralta

TC. Wilson Figueroa Gómez

CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez

CN. Carlos Alberto Dulce Pereira

CR. Camilo Andrés Suárez Aldana

CN. Jorge Iván Oviedo Pérez

CR. Pedro Palacios Osma

TC. Noris Tolosa González

MY. (R) José Liborio Morales Chinome

CR. Fabio Enrique Araque Vargas

DECRETO

DEL GOBIERNO.

Simón Bolívar Libertador presidente de la República de Colombia, etc. etc.

Siendo necesaria la creación de un tribunal militar que consida al jefe supremo del gobierno...

DECRETO.

Art. 1.º Se establece una alta corte militar en la capital de la República, compuesta del ministro secretario de la guerra...

Art. 2.º La alta corte militar se compondrá de tres jueces de la alta corte militar por nombramiento especial del gobierno...

Art. 3.º La sala de gobierno se compondrá del decano de la alta corte militar, de dos jueces militares, del fiscal militar...

Art. 4.º La sala de justicia se compondrá del subdecano que la presida, de los dos jueces de la alta corte de justicia...

Art. 5.º La sala plena se compondrá de todos los jueces, los dos fiscales y el secretario.

Art. 6.º Son atribuciones de la sala de gobierno: 1.º formar proyectos, códigos y reglamentos militares para pasar al consejo de Estado...

Art. 7.º Son atribuciones de la sala de justicia: 1.º examinar y consultar al gobierno todas las sentencias pronunciadas por los consejos de guerra de oficiales jenerales...

Art. 8.º Son atribuciones de la sala de justicia: 1.º examinar y consultar al gobierno todas las sentencias pronunciadas por los consejos de guerra de oficiales jenerales...

Art. 9.º Son atribuciones de la sala de justicia: 1.º examinar y consultar al gobierno todas las sentencias pronunciadas por los consejos de guerra de oficiales jenerales...

Art. 10. Cuando las dos salas de la alta corte militar conozcan en 2.ª instancia de las causas de su competencia, deberá comparecer cada una, por lo menos, de cuatro jueces...

Art. 11. El despacho de los autos será de tres horas por los autos, El de la sala de justicia lo será de cuatro horas...

Art. 12. Los autos se juzgan en el despacho en la sala de justicia, pasará los tres jueces militares a juzgar el gobierno.

Art. 13. El despacho de los autos será de tres horas por los autos, El de la sala de justicia lo será de cuatro horas...

Art. 14. La sala plena formará el reglamento para su economía y reglamentos de la alta corte militar, el que presentará al gobierno para su aprobación.

Art. 15. Cuando vijentes las disposiciones de los ordenamientos jenerales del ejército, leyes y decretos militares que no sean contrarios a los contenidos en el presente decreto.

Art. 16. El ministro secretario de Estado en la ejecución de este decreto.

Dado en Quito a 13 de abril de 1829.— SIMÓN BOLÍVAR.—Por S. E. el Libertador presidente.—El secretario jeneral.

José de Espinoza.

PERDIDA LAMENTABLE PARA COLOMBIA.

Expone de la república de Colombia cerca de la Ciudad de Quito, el día 10 de febrero de 1829.— Al honorable señor Estanislao Vergara ministro secretario de Estado en el departamento de relaciones exteriores.

Séñor. En la mañana de hoy, y después de cuatro días de enfermedad, ha fallecido el sumo Pontífice Leon XII de este nombre; lo aviso a V.S. para que se abra comunicación al excelmo señor Libertador presidente.

El santo Padre tenía 89 años de edad, y era un antiguo valentinista, tanta que cuando

subió al solio todo anunciaban una próxima vacante; ha gobernado la Iglesia cinco años y medio, y Colombia le debe los primeros obispos que han obtenido después de su afamada independencia política.

Durante la vacante casa el despacho de todos los negocios que dependan inmediatamente del papa...

Artículo del funeral, en que se empleen nueve días se forma el concilio para la nueva elección, y los cardenales no salen de él hasta ser habilitado.

Con sentimientos de la más distinguida y respetuosa consideración así de V.S. el más afectado y sincero servidor de V.S.

Ignacio Triana.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

Estado del despacho de la sala de aplicación del distrito del Centro en el mes de abril último.

Die 1.º Sala de lo civil. Se dictó la quita de Anselmo Córdova contra el alcalde municipal...

Die 2.º Sala de lo civil. Se dictaron tres autos y cinco relaciones de la causa de Pedro y María Herrera...

Die 3.º Sala de lo civil. Se dictaron tres autos y cinco relaciones de la causa de Pedro y María Herrera...

Die 4.º Sala de lo civil. Se dictaron tres autos y cinco relaciones de la causa de Pedro y María Herrera...

Die 5.º Sala de lo civil. Se dictaron cuatro autos y cinco relaciones de la causa de Pedro y María Herrera...

Die 6.º Sala de lo civil. Se dictaron tres autos y cinco relaciones de la causa de Pedro y María Herrera...

"Art. 8.º. Son atribuciones de la sala de justicia: 1.º examinar y consultar al gobierno todas las sentencias pronunciadas por los consejos de guerra de oficiales jenerales, en las que se imponga pena contra la vida ó el honor por delitos comunes: 2.º confirmar o reformar las sentencias de los consejos ordinarios de oficiales, que por evolver injusticia notoria, no hayan sido aprobadas por los respectivos comandantes jenerales: 3.º conocer i determinar en grado de apelación en todas las causas civiles i criminales, que por cualquiera razón toquen al fuero de la guerra i cuyo conocimiento correspondía por ordenanza a esta sala en el supremo consejo de guerra de España..."

Art. 9. Son atribuciones de la corte plena: 1.º dar su opinión sobre la inteligencia de alguna disposición militar, para la resolución definitiva del gobierno 3.º evacuar las consultas é informes que el gobierno tenga a bien pedirle sobre materias militares..."

Decreto 24 de mayo de 1829. Simón Bolívar Libertador presidente de la república de Colombia"



Capitán de Navío
JULIÁN ORDUZ PERALTA
Presidente Tribunal Superior Militar
2017

■ EDITORIAL

Los apartes transcritos, insertos en el decreto expedido por el Libertador Simón Bolívar en los primeros albores de la vida republicana de nuestra Patria, el mismo en el que se creó una alta corte militar para que actuara como tribunal que conociera de asuntos anejos *“al arreglo i administración de justicia del ejército i marina”* y que por sus funciones y conformación se erige en el primer antecedente histórico del Tribunal Superior Militar como hoy lo conocemos, ya daban cuenta del ejercicio del alcance del fuero penal militar, del derecho a la doble instancia y de la fuerza vinculante que en materia de interpretación normativa se deriva de las decisiones adoptadas en sede de la segunda instancia.

Y no de otra forma podría ser, pues si algo ínsito a la actividad judicial es la permanente actividad hermenéutica de las disposiciones jurídicas, resulta apenas comprensible que en un primer estadio de dicha actividad pudiera acontecer, dado que esta es fruto de un ejercicio racional deductivo-inductivo atribuible solo a los seres humanos como seres racionales, que a una misma norma se le asignen comprensiones y alcances diversos, obviamente con la consecuente derivación de efectos jurídicos distintos.

Un asunto así concebido no empece corresponderse con la independencia interpretativa que halla constitucional sustento en el arto 230 de la Constitución Política de 1991, se encuentra limitado por el respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades del Estado (art. 13 *ibídem*) que demandan, como elemento racionalizador de la actividad judicial, que problemas jurídicos semejantes o que planteen un punto de derecho análogo sean resueltos por quienes administran justicia en condiciones de igualdad en punto a la interpretación de la norma por aplicar.



Y ello resulta apenas lógico en la medida que si a los jueces, como a todas las autoridades públicas, les atañe el deber de propender al respeto a la igualdad como principio fundante de la carta axiológica colombiana, se ofrece más que razonado exigir que en el ejercicio de su rol funcional garanticen el derecho de los coasociados a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación razonable, uniforme y consistente del ordenamiento jurídico, pues con ello se garantiza, además, la seguridad jurídica, entendida esta como la certeza de la comunidad en general, y de la jurídica en particular, de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma y de manera estable y consistente. Ello supone, a la voz de la Corte Constitucional, *“la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales”*.

Es por ello que la corporación guardiana de la indemnidad de la Constitución Política también ha estimado que las decisiones judiciales que desconozcan caprichosamente el precedente trazado por aquellos órganos llamados a unificar la jurisprudencia y traten de manera distinta casos previamente analizados por esta, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad están omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional y desconociendo la propia Carta Política, con mayor razón que si cada juez estuviere en posibilidad de interpretar y aplicar el texto legal de manera distinta y a su libre arbitrio. Ello aparejaría la imposibilidad de que los miembros de la comunidad, a quienes va dirigido el proceso comunicacional ínsito en el proceso de confección de las normas y en las decisiones de la administración de justicia, desarrollen libremente sus actividades, pues se encontrarían ante la permanente incertidumbre de qué hacer en cuanto su actuar eventualmente entraría en contraposición con una cualquiera de tales interpretaciones. A la par de ello, los sujetos procesales se verían inmersos en similar situación de inseguridad, pues aun en el evento de hallar plausible y acorde a Derecho una determinada interpretación, la vocación de éxito de sus pretensiones y sus legítimas expectativas en relación con la resolución del asunto que se trate penderían no del acierto de las premisas esbozadas en la tesis interpretativa adoptada, sino de la posición hermenéutica que propugne el titular del despacho llamado a aquella definición judicial.

He ahí la importancia medular de lo que en nuestro ordenamiento y en nuestro sistema de administración de justicia se conoce como el respeto al precedente judicial, término este acuñado para referirse al acatamiento del conjunto de decisiones judiciales que anteceden al caso por resolver y que por su pertinencia para la resolución del problema jurídico que se plantea como regulador de previas situaciones análogas, han de ser necesariamente consideradas por el juez llamado a resolver el punto de Derecho en ciernes.

Todo lo anterior explica por qué la Corte Constitucional, en aras de garantizar un mínimo de seguridad jurídica a los ciudadanos, ha acrisolado que los funcionarios judiciales se encuentran vinculados en sus decisiones por el precedente jurisprudencial que para el caso concreto ha dictado el órgano unificador, pues la previsibilidad del sentido de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas y contribuye a la prenombrada seguridad jurídica, siendo los tribunales, en aquellos eventos en que ello

no corresponde a las decisiones de las altas cortes, los competentes para trazar el derrotero interpretativo que deben seguir los funcionarios judiciales en el cumplimiento de la noble labor de administrar justicia, quedando a salvo, claro está, aquellos eventos en que de manera fundada, razonada, motivada y ceñida al principio de razón suficiente es plausible apartarse del precedente judicial, bien porque la subregla sentada en los casos anteriores no es aplicable al supuesto bajo estudio, ora porque los argumentos que soportan el precedente han perdido vigencia o validez por un cambio de legislación o debido al advenimiento de cambios sociales, políticos o económicos que troquen la previa ponderación e interpretación del ordenamiento en inadecuado para responder a las nuevas exigencias de la sociedad.

Esta es la inspiración teleológica de la presente revista judicial, la misma que compendia las decisiones adoptadas por el Tribunal Superior Militar dentro de su ámbito de competencia en los años 2015 y 2016, y dentro de ellas, como justo reconocimiento, aquellas proferidas durante dicho lapso por miembros de esta jurisdicción foral que han dejado un recuerdo indeleble en ella y que por estricta prescripción legal han orientado ahora las velas de su nave hacia otros horizontes; tal es el caso de los Capitanes de Navío en uso de buen retiro CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA y JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ y de los Coroneles CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA e ISMAEL LÓPEZ CRIOLLO, a quienes desde este editorial extendemos los agradecimientos de la comunidad jurídica castrense, con nuestros mejores deseos de feliz arribo a puerto seguro.

Que el Dios de los Mares bendiga a todos los integrantes de la Justicia Penal Militar.

Bogotá, D. C., abril de 2017



■ ÍNDICE GENERAL

1. ABANDONO DEL PUESTO

Características del servicio de vigilancia (patrullaje en los cuadrantes), y su incidencia en la configuración del delito

(Rad. 157606 del 28 de abril de 2015

M.P. CN. (RA) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ..... 26

2. ABANDONO DEL PUESTO

Alcance del Reglamento de Supervisión y Control de Servicios de la Policía Nacional.

Rad. 158151 del 25 de febrero de 2015

M.P. CN. (RA). CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA 28

3. ABANDONO DEL PUESTO

Antijuridicidad material

Rad. 158429 del 29 de julio de 2016

M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ 29

4. ABANDONO DEL PUESTO

Deber de presencia

Rad. 158145 del 20 de noviembre de 2015

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS 30

5. ABANDONO DEL PUESTO

Dolo. Delito típicamente militar

Rad. 158357 del 29 de febrero de 2016

M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ..... 31

6. ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES

Deber de presencia

Rad. 158208 del 11 de agosto de 2015

M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ..... 32

7. ABANDONO DEL SERVICIO

La solicitud de renuncia a la nacionalidad colombiana no hace cesar las obligaciones como miembro de la Fuerza Pública

Rad. 158125 del 30 de septiembre de 2015

M.P. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME 34

8. ABANDONO DEL SERVICIO

La solicitud de retiro, no implica la eliminación de la obligación del policial de permanecer en el cumplimiento del servicio

Rad. 157547 del 21 de junio de 2016

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS 36

9. ABANDONO DEL SERVICIO

Es un delito de ejecución permanente

Rad. 158224 del 24 de junio de 2015

M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA..... 36

10. ABANDONO DEL SERVICIO

Las incapacidades ambulatorias no generan atipicidad del delito
 Rad. 158377 del 26 de abril de 2016
 M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA..... 37

11. ABANDONO DEL SERVICIO

Requiere de un sujeto activo calificado para su configuración
 Rad. 158138 del 27 de abril de 2015
 M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA 38

12. ABANDONO DEL SERVICIO

Se configura tanto por ausencia física como funcional
 Rad. 158405 del 30 de noviembre de 2016
 M.P. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME 38

13. ABSTENCIÓN DE IMPONER MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

No implica que deba cesarse procedimiento
 Rad. 158136 del 29 de septiembre de 2015
 M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS 39

14. ACCIÓN DE REVISIÓN

Las versiones rendidas por los desmovilizados en procesos de justicia y paz no se consideran como prueba nueva
 Rad. 158063 del 24 de julio de 2015
 M.P. CN. (RA). CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA 40

15. ACEPTACIÓN DE CARGOS CONSAGRADA EN LA LEY 1058 DE 2006

La rebaja es de una sexta parte, en razón a la equivalencia de momentos procesales entre las leyes 1058/06 y 1407/10
 Rad. 158297 del 27 de enero de 2016
 M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA..... 41

16. ACEPTACIÓN DE CARGOS EN LA LEY 1765 DE 2015

Su aplicación no puede desconocer el debido proceso y las garantías procesales establecidas constitucional y legalmente, como la presunción de inocencia
 Rad. 158490 del 29 de noviembre de 2016
 M.P. TC WILSON FIGUEROA GÓMEZ..... 42

17. ACEPTACIÓN DE CARGOS- NULIDAD

Se puede generar cuando el procesado es erróneamente ilustrado sobre el monto legal de la rebaja punitiva
 Rad. 158227 del 31 de agosto de 2015
 M.P. CN. (RA). JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ..... 44

18. ALLANAMIENTO A CARGOS

Es irrevocable
 Rad. 158214 del 24 de septiembre de 2015
 M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión 44



19. APLICACIÓN ARTÍCULO 97 LEY 1765 DE 2015

Requisitos del allanamiento a cargos

Rad. 158410 del 19 de septiembre de 2016

M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA 46

20. APLICACIÓN DE LA LEY 890 DE 2004 EN LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA

Frente al fraude procesal, y su prescripción

Rad. 156889 del 7 de septiembre de 2015

M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ 48

21. ARTICULO 97 LEY 1765 DE 2015- ACEPTACIÓN DE CARGOS

Instituto de la Justicia Premial, de aplicación en el esquema procesal contemplado en la Ley 522 de 1999

Rad. 158438 del 29 de septiembre de 2016

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS 50

22. NULIDAD POR INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 97 DE LA LEY 1765 DE 2015

No puede decretarse en el juicio, cuando en debida forma se han superado las etapas procesales precedentes

Rad. 158484 del 12 de diciembre de 2016

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ 52

23. ATAQUE AL INFERIOR

Concepto de “Vías de hecho”

Rad. 157772 del 28 de enero de 2015

M.P. CR. (RA). PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA 53

24. ATAQUE AL INFERIOR/SUPERIOR

No se configura entre soldados, infantes o auxiliares de policía

Rad. 158406 del 11 de julio de 2016

M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA 53

25. ATAQUE INFERIOR

La calidad de “inferior” no se pierde por encontrarse el uniformado detenido.

El suboficial control detenidos no actúa como autoridad administrativa

Rad. 157739 del 29 de enero de 2016

M.P. MY (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME 55

26. ATAQUE SUPERIOR/INFERIOR

Puede presentarse bilateralidad típica o codelinuencia, sin que ello desnaturalice el comportamiento típico

Rad. 158420 del 31 de marzo de 2016

M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA 57

27. AUDIENCIA DE CORTE MARCIAL

Peticiones deben resolverse en el trámite de la diligencia. Las decisiones solo son susceptibles de recurso de reposición

Rad. 158407 del 10 de octubre de 2016

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS 58

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 28. AUTO ORDENA PONER EN CONOCIMIENTO PRUEBA TRASLADADA | |
| Es de sustanciación y solo admite recurso de reposición. Las pruebas documentales y testimoniales contenidas en ella no son susceptibles de objeción para su contradicción | |
| Rad. 158413 del 26 de octubre de 2016 | |
| M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS | 59 |
| 29. AUTONOMÍA JUDICIAL | |
| Apartarse del precedente vertical no puede ser de manera infundada y caprichosa | |
| Rad. 158022 del 20 de febrero de 2015 | |
| M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ | 60 |
| 30. CADENA DE CUSTODIA | |
| Inobservancia afecta el valor probatorio, pero no su legalidad | |
| Rad. 158245 del 17 de julio de 2015 | |
| M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ | 61 |
| 31. CAMBIO DE RADICACIÓN | |
| Afectación en el orden público no es requisito suficiente para que se produzca. Carga procesal de quien lo invoca | |
| Rad. 158322 del 30 de septiembre de 2015 | |
| M.P. BG. MARIA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE | 61 |
| 32. CAMBIO DE RADICACIÓN | |
| No opera por imposibilidad del procesado de asistir al despacho | |
| Rad 158249 del 3 de julio de 2015 | |
| M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ | 62 |
| 33. CAUSAL DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD | |
| Estricto cumplimiento de un deber legal | |
| Rad. 158418 del 24 de junio de 2016 | |
| M.P. CR. (RA). PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA..... | 63 |
| 34. CONCURRENCIA DE JUECES | |
| En los códigos penales militares anteriores a la Ley 1407/10 no estaba contemplada esta figura jurídica, omisión que fue suplida jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia | |
| Rad. 158339 del 30 de octubre de 2015 | |
| M.P. CN. (RA). CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA | 64 |
| 35. CONCURSO APARENTE | |
| Entre los delitos de fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos y hurto de armas | |
| Rad. 158482 del 14 de julio de 2016 | |
| M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ..... | 65 |
| 36. CONSTANCIAS SECRETARIALES | |
| No corresponden a un acto procesal y no tienen carácter vinculante. Su finalidad es informativa. Los términos de ejecutoria no dependen de ellas | |
| Rad. 158019 del 29 de marzo de 2016 | |
| M.P. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME | 66 |



37. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES

El principio de confianza

Rad.158340 del 29 de abril de 2016

M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ 67

38. DAÑO INFORMÁTICO

Afecta la integridad de los datos y sistemas informáticos, en su carácter completo e inalterable

Rad. 158452 del 21 de noviembre de 2016

M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ..... 68

39. DECISIONES MIXTAS

No mutan su naturaleza porque estén contenidas en un mismo acto procesal

Rad. 158269 del 27 de julio de 2015

M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ..... 70

40. DECLARATORIA DE INIMPUTABILIDAD

Es una atribución judicial

Rad. 158060 del 25 de marzo de 2015

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ 71

41. DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE

No es obligatorio notificarla al indiciado

Rad. 158283 del 27 de octubre de 2015

M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA..... 71

42. DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE

Carga que le corresponde a la administración de justicia respecto a la ubicación física del sindicado

Rad. 158415 del 30 de junio de 2016

M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE 72

43. DEFINICIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA

Genera nulidad soportar la decisión en una inadecuada valoración probatoria

Rad. 158409 del 13 de abril de 2016

M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA..... 73

44. DEFINICIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA

La inadecuada motivación genera nulidad

Rad. 158198 del 24 de julio de 2015

M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA..... 74

45. DEFINICIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA

La inferencia razonable exigida para imponer medida de aseguramiento no es de autoría, sino de responsabilidad penal

Rad. 158290 del 29 de febrero de 2016

M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA..... 77

46. DELITO CULPOSO EN LA NORMATIVIDAD CASTRENSE

La posición de garante que debe ostentar el agente respecto del bien jurídico protegido

Rad. 158348 del 29 de febrero de 2016

M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ..... 79

47. DELITO CULPOSO

Edificación del juicio de responsabilidad bajo la actual teoría del delito

Rad. 158200 del 11 de mayo de 2015

M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA..... 81

48. DELITO DE DESERCIÓN

Clase de Base no determina el elemento normativo del tipo

Rad. 158190 del 16 de mayo de 2016

M.P. TC WILSON FIGUEROA GÓMEZ 83

49. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ORDEN DE CAPTURA

Debe existir dolo para que la omisión de cancelarla tenga la potencialidad de constituirse en delito

Rad. PREL 207 del 15 de diciembre de 2015

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS 87

50. DERECHO PROBATORIO

Fin de la actividad probatoria. Las entrevistas efectuadas por la Policía Judicial no pueden considerarse pruebas

Rad. 158185 del 18 de junio de 2015

M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA..... 88

51. DESERCIÓN

Puede presentarse un error de tipo cuando el uniformado tiene el convencimiento de que traspasar los límites del campamento no constituye delito, por considerar que ello solo se presenta por ausencia por más de cinco días

Rad. 158146 del 4 de marzo de 2015

M.P. CN. (RA). JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ..... 89

52. DESERCIÓN

Límites del juez de instancia para nulitar la resolución de acusación - Naturaleza del delito y prescripción de la acción

Rad. 158546 del 21 de noviembre de 2016

M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ..... 92

53. DESERCIÓN

No es viable prescindir de la reanudación del servicio luego del cumplimiento de la pena impuesta

Rad. 158456 del 31 de agosto de 2016

M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE 94



54. DESERCIÓN

Prescripción 2 años. Conducta permanente. Excepción de constitucionalidad
Rad. 158236 del 28 de agosto de 2015

M.P. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ 95

55. DESOBEDIENCIA

Características de la orden que le interesa a este punible
Rad. 158130 del 29 de enero de 2015

M.P. CN. (RA). CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA 98

56. DESOBEDIENCIA

El dolo como componente de la voluntad
Rad. 158488 del 14 de diciembre de 2016

M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ 99

57. DETENCIÓN DOMICILIARIA

No es aplicable en la jurisdicción castrense
Rad. 151359 del 12 de junio de 2015

M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA 100

**58. DEVOLUCIÓN DEL PROCESO AL INSTRUCTOR POR PARTE DEL FISCAL
EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL**

Rigurosidad del fiscal penal militar en el estudio de la actuación
Rad. 158086 del 25 de febrero de 2015

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS 102

59. DOLO

Diferencia entre el eventual y el directo (caso homicidio)
Rad. 157204 del 14 de marzo de 2016

M.P. CN. (RA). CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA 105

60. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Se debe tener en cuenta la legislación vigente en el momento de los hechos, salvo
cuando deba aplicarse el principio de favorabilidad

Rad. 156006 del 9 de junio de 2015
M.P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO 107

61. DUDA

Debe resolverse a favor del procesado cuando no haya forma de eliminarla
Rad. 158279 del 30 de noviembre de 2015

M.P. CR. (RA). PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA 108

62. EJECUTORIAS

Las decisiones interlocutorias de segunda instancia contra las que no procede recurso
alguno quedan en firme en la fecha en que son suscritas y su notificación obedece al
principio de publicidad

Rad. 158352 del 12 de febrero de 2016
M.P. CN. (RA). JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ 109

63. ESQUEMAS DEL DELITO

Su mixtura genera inseguridad jurídica
Rad. 158221 del 27 de julio de 2015

M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA 109

64. FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO

Antijuridicidad material

Rad. 156962 del 5 de octubre de 2016

M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ 110

65. FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO

El bien jurídicamente protegido es la Fe Pública. La falsedad inocua no se deduce de la naturaleza del documento. Delito de peligro

Rad. 149185 del 27 de febrero de 2015

M.P. CR. (RA). PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA..... 111

66. FAVORECIMIENTO DE FUGA CULPOSA

Concepto de “detenido”, como elemento normativo del tipo penal

Rad. 157874 del 27 de febrero de 2015

M.P. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME 112

67. FINES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Peligro para la comunidad

Rad. 158230 del 17 de junio de 2015

M.P. CR. (RA). PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA 113

68. FISCAL PENAL MILITAR

Está facultado para decretar nulidades

Rad. 158280 del 31 de agosto de 2015

M.P. CN. (RA). JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ..... 114

69. FUERO CARCELARIO PARA MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

La medida de aseguramiento y las condenas privativas de la libertad personal, deben cumplirse en centros de reclusión especiales

Rad. 157544 del 29 de julio de 2016

M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE 115

70. FUERO INDÍGENA

Elementos que lo configuran

Rad. 158361 del 22 de julio de 2016

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS 115

71. HOMICIDIO CULPOSO

Acción a propio riesgo. Autopuesta en peligro de la víctima

Rad. 158305 del 30 de noviembre de 2015

M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE 117

72. HOMICIDIO EN LA MODALIDAD TENTADA

Estructuración de la tentativa. Competencia de la jurisdicción penal militar

Rad. 158277 del 22 de junio de 2016

M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ 118

73. HOMICIDIO

Diferencia entre las modalidades preterintencional, doloso y culposo

Rad. 158174 del 31 de julio de 2015

M.P. GR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE 120



74. IMPEDIMENTO - INTERÉS EN EL PROCESO

Por ser del fuero interno, se debe explicitar de quién proviene el interés

Rad. 158412 del 7 de marzo de 2016

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ121

75. IMPEDIMENTO - INTERÉS EN EL PROCESO

Se hace extensivo al defensor suplente

Rad. 158165 del 27 de febrero de 2015

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ122

76. IMPEDIMENTO

Enemistad grave

Rad. 158504 del 25 de julio de 2016

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ122

77. INIMPUTABILIDAD EN MATERIA PENAL

Valor probatorio de los dictámenes periciales para determinar la imputabilidad o inimputabilidad

Rad. 158421 del 25 de agosto de 2016

M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA.....123

78. IN DUBIO PRO REO

Configuración

Rad. 157693 del 18 de julio de 2015

M.P. CR. (RA). PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA124

79. INDAGACIÓN PRELIMINAR

Finalidad. Procedencia decisión inhibitoria. El denunciante está obligado a comparecer a la actuación

Rad. 158402 del 30 de marzo de 2016

M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.....125

80. INDAGACIÓN PRELIMINAR

Finalidad. Procedencia decisión inhibitoria

Rad. 158191 del 5 de junio de 2015

M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA127

81. INDAGATORIA

En esta diligencia solo puede interrogar el funcionario judicial

Rad. 158100 del 10 de agosto de 2016

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS128

82. INDEMNIZACIÓN INTEGRAL

Con la expedición de la Ley 1407 de 2010 es viable su aplicación en la jurisdicción castrense como causal de extinción de la acción penal

Rad. 158360 del 30 de junio de 2016

M.P. MY (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.....129

83. INDICIO GRAVE DE RESPONSABILIDAD

No se estructura cuando de la prueba recolectada se infiere la presencia de una causal de ausencia de responsabilidad

Rad. 156131 del 10 de julio de 2015

M.P. CR. (RA). PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA 130

84. INFORMES DE INTELIGENCIA NO TIENEN VALOR PROBATORIO

La pertinencia de la prueba

Rad. 158184 del 4 de junio de 2015

M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ..... 130

85. INFRACCIÓN AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

Elevación del riesgo

Rad. 158536 del 16 de noviembre de 2016

M.P. CR. (RA). PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA..... 131

86. INIMPUTABILIDAD

No se genera por el hecho del consumo de sustancias alucinógenas-tóxicas, pues debe determinarse el origen de la alteración biopsíquica y que ella sea coetánea con la realización de la conducta

Rad. 157886 del 18 de agosto de 2015

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS 133

87. INSPECCIÓN JUDICIAL

La no presencia de la defensa técnica genera inexistencia de la diligencia y no nulidad

Rad. 158230 del 28 de marzo de 2016

M.P. CR. (RA). PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA 134

88. JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

Carece de competencia para desconocer los efectos jurídicos que contienen los actos administrativos

Rad. 158336 del 11 de febrero de 2016

M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE 135

89. LEGÍTIMA DEFENSA

Requisitos para que opere dicha causal de ausencia de responsabilidad

Rad. 158334 del 8 de junio de 2016

M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA..... 135

90. LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR.

La falta de esta hace que se rechace de plano la apelación

Rad. 158344 del 31 de mayo de 2016

M.P. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME 136

91. LESIONES PERSONALES CULPOSAS

Delitos imprudentes. Deber objetivo de cuidado. Principio de confianza. Autopuesta en peligro

Rad. 158210 del 30 de junio de 2015

M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ 138



92. LESIONES PERSONALES CULPOSAS

La falta de comprobación del nexo de causalidad entre la violación al deber objetivo de cuidado y el resultado hace atípica la conducta. Certeza para condenar

Rad. 158298 del 2 de marzo de 2016

M.P. CR. (RA). PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA 139

93. LESIONES PERSONALES CULPOSAS

Nulidad por vulneración del derecho al acceso a la administración de justicia

Rad. 158327 del 16 de febrero de 2016

M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ..... 139

94. MECANISMO SUSTITUTIVO DE LA PENA DE PRISIÓN POR PRISIÓN DOMICILIARIA

Medida transitoria y humanitaria, no tiene la categoría de pena

Rad. 158171 del 25 de octubre de 2016

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ 140

95. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Peligro para la comunidad

Rad. 158496 del 6 de septiembre de 2016

M.P. CN. (RA). JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ 141

96. NATURALEZA DE LA PROVIDENCIA QUE DECLARA PERSONA AUSENTE

No es objeto de recurso

Rad. 158271 del 14 agosto de 2015

M.P. WILSON FIGUEROA GÓMEZ 142

97. NOTIFICACIONES - TÉRMINOS JUDICIALES

Ante una doble notificación impera la primera que se haya surtido

Rad. 157917 del 30 de enero de 2015

M.P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO 145

98. NULIDAD DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR

Causales y principios que la orientan

Rad.158306 del 30 de noviembre de 2015

M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ..... 145

99. NULIDAD E INEXISTENCIA

Diferencias. La prueba practicada previamente a la apertura de una investigación penal es inexistente

Rad. 158428 del 7 junio de 2016

M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ 148

100. NULIDAD

Falta de competencia del fiscal por grado del procesado al momento de los hechos

Rad. 157933 del 9 de marzo de 2015

M.P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO 150

101. PARTE CIVIL

Reparación económica en el proceso penal militar imposibilita su persecución concomitante en lo contencioso-administrativo

Rad. 158118 del 28 de agosto de 2015

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ 151

102. PECULADO CULPOSO

Causal excluyente de responsabilidad caso fortuito y fuerza mayor

Rad. 158153 del 28 de abril de 2015

M.P. CR. (RA). PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA 152

103. PECULADO CULPOSO

Violación al deber objetivo de cuidado. Relación funcional entre el bien y el servidor público

Rad. 158371 del 17 de mayo de 2016

M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ 152

104. PECULADO SOBRE BIENES DE DOTACIÓN

Estructura dogmática del delito

Rad. 158203 del 15 de julio de 2015

M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA 153

105. PECULADO SOBRE BIENES DE DOTACIÓN

No se configura por la donación de uniformes a otros miembros de su fuerza en servicio activo

Rad. 158278 del 26 de octubre de 2015

M.P. CN. (RA). CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA 155

106. PENA DE MULTA

Puede pagarse en cuotas. La acompañante de pena de prisión no es susceptible de amortización mediante trabajo

Rad. 157544 del 18 de abril de 2016

M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE 155

107. PERMANENCIA DE LA PRUEBA

Atributo del que goza la prueba en el proceso penal militar contemplado en la Ley 522 de 1999

Rad. 158448 del 26 de septiembre de 2016

M.P. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME 157

108. PERMISO DE 72 HORAS PARA LOS CONDENADOS

Competencia para su otorgamiento

Rad. 157887 del 16 de febrero de 2016

M.P. CN. (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA 159

109. PERMISO HASTA DE 72 HORAS PARA CONDENADOS

Competencia para otorgarlo

Rad. 157544 del 29 de julio de 2016

M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE 160

110. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

El incremento del término prescriptivo por la condición de servidores públicos opera también para los delitos típicamente militares

Rad. 157978 del 22 de agosto de 2016

M.P. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME 162



111. PRESCRIPCIÓN

Debe ser declarada judicialmente antes de decretarse la decisión inhibitoria

Rad.158228 del 28 de enero de 2016

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ 163

112. PREVARICATO POR OMISIÓN

Configura el tipo penal objetivo, omitir la elaboración del respectivo comparendo, por la no presentación de la licencia de tránsito en original

Rad. 158291 del 30 de septiembre de 2015

M.P. CN. (RA). JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ 164

113. PREVARICATO POR OMISIÓN

No se configura por la sola mora en la resolución de situación jurídica provisional, debe verificarse el aspecto subjetivo del tipo penal

Rad. PREL. 210 del 23 de mayo de 2016

M.P. CR. (RA). PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA 165

114. PRIMER RESPONDIENTE

En las operaciones militares esta calidad recae en el Comandante de la escuadra o patrulla

Rad. 157932 del 30 de abril de 2015

M.P. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME 166

115. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Debe existir entre la acusación y la sentencia, en cuanto a lo personal, fáctico y jurídico

Rad. 158277 del 13 de noviembre de 2015

M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ 167

116. PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA

Su vulneración genera nulidad

Rad. 158061 del 27 de enero de 2016

M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA..... 168

117. PRINCIPIO DE JERARQUÍA

Impedimento. Solo opera respecto de miembros de la Fuerza Pública en servicio activo

Rad. 158544 del 16 de septiembre de 2016

M.P. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME 170

118. PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PENA DENTRO DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

La culminación del servicio militar obligatorio no hace innecesaria la pena

Rad. 158204 del 24 de junio de 2015

M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ 172

119. PRINCIPIO DE NO REFORMATIO IN PEJUS

Readecuar la pena impuesta resulta inviable a pesar de haberse concedido incorrectamente un atenuante

Rad. 157831 del 25 de mayo de 2015

M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA 174

120. PRINCIPIO INDUBIO PRO REO

Para que proceda la cesación de procedimiento la duda debe ser insalvable
 Rad. 158238 del 24 de noviembre de 2015
 M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA 175

121. PRISIÓN DOMICILIARIA

Improcedencia en la jurisdicción penal militar
 Rad. 158250 del 14 de abril de 2016
 M.P. WILSON FIGUEROA GÓMEZ..... 177

122. PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD

Naturaleza dogmática del delito. Eventos en que se puede limitar el derecho a la libertad
 Rad. 158207 del 29 de octubre de 2015
 M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA 178

123. PROCEDIMIENTO ESPECIAL - NULIDAD

Se configura por desatender la estructura propia de este procedimiento, al crear una etapa probatoria inexistente
 Rad. 158253 del 3 de septiembre de 2015
 M.P. CN. (RA). JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ 180

124. PROCEDIMIENTO ESPECIAL

Solicitud probatoria en juicio. Interrogatorio del procesado
 Rad. 158046 del 28 de mayo de 2015
 M.P. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME 181

125. PROCESADO

No es obligatorio que se le interrogue en la audiencia de Corte Marcial. Su intervención en los alegatos de conclusión es rogada
 Rad. 157352 del 26 de febrero de 2016
 M.P. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME 182

126. PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Diferencia con el delito de privación ilegal de la libertad. Prueba. Elementos subjetivos del dolo
 Rad. 158116 del 29 de mayo de 2015
 M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ 183

127. PROVIDENCIA JUDICIAL

Su ejecutoria implica la imposibilidad de modificar lo decidido en ella
 Rad. 158285 del 30 de noviembre de 2015
 M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE 185

128. PROVIDENCIA QUE ORDENA LA PRÁCTICA DE PRUEBA PERICIAL EN INSTRUCCIÓN

Es un auto de sustanciación notificable, pero no susceptible de recurso de apelación
 Rad. 158258 del 15 de septiembre de 2015
 M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS 186



129. PRUEBA DE ALCOHOLEMIA

Procedimientos autorizados para establecer el estado de embriaguez

Rad. 158149 del 29 de mayo de 2015

M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE 186

130. PRUEBA DE EMBRIAGUEZ

Práctica por funcionario diferente al del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Rad. 158046 del 28 de mayo de 2015

M.P. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME. 187

131. REBAJA DE PENA POR ACEPTACIÓN DE CARGOS - LEY 1058 DE 2006

El descuento es de una sexta parte y no de la mitad en virtud al momento procesal en que se presenta

Rad. 157995 del 26 de marzo de 2015

M.P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO 188

132. RECURSO DE APELACIÓN

No es un juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo resuelto

Rad. 158033 del 30 de noviembre de 2015

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ 189

133. DEBER DE MOTIVAR LOS RECURSOS

Carga argumentativa del impugnante

Rad. 158106 del 31 de julio de 2015

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS 190

134. RECUSACIÓN

La opinión o el consejo deben haberse emitido extraprocesalmente

Rad. 156508 del 16 de julio de 2015

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS 191

135. REDENCIÓN DE PENA

Presupuestos normativos y jurisprudenciales para su otorgamiento

Rad. 157544 del 29 de julio de 2016

M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE 191

136. RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

Nulidad en etapa de juicio. Principio de congruencia

Rad. 158088 del 22 de julio de 2015

M.P. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME 194

137. RESOLUCIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA

Imputación fáctica es requisito esencial, por tanto debe ser detallada, clara, precisa y circunstanciada, respetando su núcleo central

Rad. 158351 del 20 de mayo de 2016

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ 196

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 138. SOLICITUDES Y APORTES PROBATORIOS-LEY 522 DE 1999 | |
| Opera desde el momento en que se tiene conocimiento del ejercicio de la acción penal, sin que ello sea forzoso para el procesado | |
| Rad. 158358 del 31 de marzo de 2016 | |
| M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE | 196 |
| 139. TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS MILITARES | |
| El incremento no genera violación al principio de igualdad por tratarse de servidores públicos | |
| Rad. 158393 del 28 de julio de 2016 | |
| M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ | 197 |
| 140. TÉRMINOS JUDICIALES | |
| Por día debe entenderse las horas hábiles de la jornada laboral | |
| Rad. 158316 del 17 de diciembre de 2015 | |
| M.P. TC WILSON FIGUEROA GÓMEZ..... | 199 |
| 141. TESTIMONIO | |
| Su concordancia con otro(s) se predica de los aspectos sustanciales | |
| Rad. 158276 del 2 de septiembre de 2016 | |
| M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE | 200 |
| 142. TESTIMONIO | |
| Práctica y ejercicio del derecho de contradicción | |
| Rad. 158250 del 20 de agosto de 2015 | |
| M.P. CN. (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA | 201 |
| 143. TIPICIDAD DE LA CONDUCTA | |
| Elementos esenciales | |
| Rad. 158096 del 28 de enero de 2015 | |
| M.P. CR. (RA). PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA..... | 202 |
| 144. UNIÓN MARITAL DE HECHO | |
| Requisitos para que sea reconocida, y como tal, pueda impactar como causal de exención al servicio militar | |
| Rad. 158386 del 29 de abril de 2016 | |
| M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE | 202 |
| 145. USO DE LA FUERZA POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA | |
| Busca la consecución de un objetivo legal, observando los principios de necesidad, de proporcionalidad, y de excepcionalidad, en el entendido de que no se pueda emplear otra medida menos drástica | |
| Rad. 158403 del 29 de julio de 2016 | |
| M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS | 204 |
| 146. VIOLACIÓN DERECHO DE DEFENSA | |
| No toda falta de contradicción probatoria puede considerarse omisión de los deberes profesionales | |
| Rad. 158157 del 10 de marzo de 2015 | |
| M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ | 206 |

EXTRACTOS PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

1. ABANDONO DEL PUESTO

Características del servicio de vigilancia (patrullaje en los cuadrantes), y su incidencia en la configuración del delito

“Lo anterior significa que los hechos que ocuparon las indagatorias fueron los denunciados por el Mayor HPR relacionados con la estancia de los procesados dentro del CAI, encontrándose en servicio de vigilancia en los Cuadrantes, respecto a los cuales los procesados en tal oportunidad expusieron algunas exculpaciones. De ahí que no es posible inferir ahora que durante el proceso penal no hayan tenido los procesados conocimiento de lo fáctico que ocupó la investigación (...)

Igualmente no puede ser de recibo lo expresado en el concepto del Ministerio Público ante esta instancia en el sentido de que el sorprendimiento de los procesados dentro del CAI es algo que atañe a la justicia disciplinaria, pues el legislador ha erigido el Servicio como bien jurídico, el cual evidencia en las múltiples actividades que en desarrollo de la tarea constitucional debe cumplir la Policía Nacional, una de ellas el servicio de vigilancia urbana, a través de una de las modalidades que es el patrullaje, y que en un subcapítulo más adelante esta Sala valorará.(...).

Pero en fin, ni el llenado de los formatos, ni la realización de las anotaciones en el Libro de Población, justifican en la más mínima proporción la interrupción del patrullaje en el Cuadrante, en el que aparentemente por algún lapso –según la anotación de las 04:05 horas por parte del Auxiliar de información–, se unieron inexplicablemente las dos patrullas a pesar de pertenecer a cuadrantes distintos, lo que exigía la prestación del servicio en lugares y con un diagnóstico diferente en cada sector. (...).

“El patrullaje es una forma o modalidad de prestación de servicio de vigilancia como lo expone el Manual del Patrullaje Urbano.

Ahora bien, el servicio de patrullaje en los cuadrantes, que pueden ser urbanos, rurales, viales o fluviales, está vinculado con su metodología, que atiende a las condiciones y especificidades territoriales, sociales y características delincuenciales y contravencionales. El patrullaje es ejecutado por una unidad básica (grupo de dos o más uniformados en desarrollo de las funciones propias del servicio, con objetivo y planes definidos), que pueden hacer sus desplazamientos a pie, a caballo, o en vehículo, bien sea en horario diurno o nocturno; y en el evento en que se trate de una patrulla que se movilice en motocicleta, puede distinguirse el conductor y el tripulante. Las tareas pueden tener las modalidades, según el Manual de Patrullaje Urbano y el modelo de vigilancia por Cuadrante, preventivas, disuasivas o reactivas. Ahora, la Sala, de acuerdo a la lectura de los reglamentos puede inferir las siguientes características del servicio de patrullaje, algunas de ellas señaladas en el punto 2 del capítulo 2 del Manual de Patrullaje Urbano:

1. Su realización por parte de patrullas, en un horario y sector definido, con los recursos asignados para tal fin. Esto significa que su cumplimiento obedece a una organización previamente establecida, por un tiempo y en un lugar determinado, con la ayuda de los medios logísticos de que se disponga para ello, con el previo conocimiento de las características del sector.
2. Sus actividades se clasifican en preventivas, disuasivas o reactivas. Las tareas que conforme al diagnóstico y las instrucciones del Comandante o Superiores, pueden ser preventivas, vale decir, las que se realizan "...con el fin de identificar y neutralizar causas, factores de riesgo y en general condiciones sociales relacionadas con el origen de los delitos, contravenciones y conflictos ciudadanos"¹. En este sentido es relevante la información que la patrulla debe obtener durante su actividad, y que debe llevar al comando o superiores con el fin de su procesamiento y evaluación y retroalimentación para la actualización del diagnóstico; entre tanto las labores disuasivas tienden a la desestimulación del delito, la contravención o los conflictos ciudadanos, mediante la misma presencia policial en el sector, la comunicación con la comunidad, el debido cumplimiento de su rol por parte de la patrulla y el correcto porte de sus uniformes, arreos y efectos, entre otros; mientras que las reactivas, lo deben ser conforme a la Constitución, las leyes y el reglamento, cuando se presente en el sector un delito, una contravención o en un conflicto ciudadano, que obliga a la intervención de las autoridades.
3. Implica desplazamiento constante. Ello obedece a que en las tareas que deban ejecutarse, que están circunscritas a un sector determinado, se debe procurar su ejecución en toda su extensión, así se hayan focalizado puntos o problemas específicos, lo cual se obtiene si la patrulla encargada del patrullaje está en constante movilidad durante su servicio.
4. Es ininterrumpida, es decir permanente. Esto significa que el servicio de vigilancia a través del patrullaje debe hacerse durante todo el tiempo fijado para el mismo, esto es, el turno, con el fin de garantizar los fines del patrullaje durante todo el servicio, que no hayan lapsos de ausencia de patrullaje, esto es, lapsos de despreocupación (de abandono) por la tranquilidad y seguridad ciudadana.
5. Compenetración con el servicio. Significa que la patrulla debe estar comprometida con las tareas a cumplir con base en el diagnóstico o las instrucciones que le hayan sido impartidas, tendiendo siempre a cumplir los objetivos del servicio de vigilancia, consolidados en el artículo 51 de la Resolución 0912 de 2009. Igualmente, disposición permanente de percepción, esto es, atención para una óptima observación y escucha, considerando que el fin último es el ciudadano.



6. Requiere interacción con la comunidad. Con base en los reglamentos se debe mantener una comunicación próxima y fluida con la comunidad, atención y respuesta a sus requerimientos y relaciones permanentes con los organismos gubernamentales y no gubernamentales de la jurisdicción, no solamente para la actualización del diagnóstico sino para la elaboración de la Hoja de Servicios/Tabla de Acciones Mínimas Requeridas (HS/TAMIR), pues la misma se construye con base en los aportes realizados por las patrullas de los cuadrantes en el Comité de Vigilancia.

Como consecuencia a lo anterior, los miembros de una patrulla que cumplen labores de vigilancia en un cuadrante, deben estar imbuidos en el servicio, durante el tiempo y en el lugar que corresponda al turno, de tal forma que puedan erigirse en respuesta a la problemática propia del sector, bien sea mediante medidas persuasivas, preventivas o reactivas, que a su vez fundamenten el turno siguiente y así sucesivamente.

Por ello es que puede afirmarse como ya se insinuó atrás, que las exculpaciones suministradas por los procesados no alcanzan a desvanecer, en cuanto son irrisorias, la importancia del servicio de vigilancia como parte del servicio de policía. Vinculado con este tema debe recabarse, y con referencia al recurso y al concepto del Ministerio Público ante esta instancia, en cuanto a que no hay prueba de que los procesados estuvieran durmiendo, pues la acusación y el juzgamiento lo fueron porque abandonaron –encontrándose las patrullas en turno de patrullaje en los Cuadrantes 9 y 10– la prestación del servicio. Así, es que queda descartada la hipótesis de ambigüedad señalada en el recurso y en el concepto del Ministerio Público. **(Rad. 157606 del 28 de abril de 2015, M.P. CN (RA) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**



2. ABANDONO DEL PUESTO

Alcance del Reglamento de Supervisión y Control de Servicios de la Policía Nacional

“Es diáfano también que los parámetros para ejercer servicios de supervisión y control en las unidades policiales de todo el país se definen en el Reglamento de Supervisión y Control de Servicios para la Policía Nacional – Resolución n.º 03514 de 2009–, norma que cita el fallador de primera instancia en su sentencia afirmando que en esa disposición no se encuentra reglamentado el servicio de “Control Antinarcoóticos en pasajeros en aeropuertos con destino internacional”, y por ende tampoco las funciones de dicho servicio, indicando también que ese servicio fue contextualizado de manera general por la Fiscalía y bajo una apreciación subjetiva de las pruebas, definiendo el servicio de la procesada como de puesto fijo cuando no lo era; sin embargo, indicó que ello no es obstáculo para justificar el comportamiento de la procesada cuando se dirige al baño sin avisar a sus comandantes de sus necesidades fisiológicas, o de la novedad presentada con la denunciante quien la acusó de haberle hurtado un dinero.

Para la Sala el argumento de la Fiscalía Penal Militar está llamado a prosperar, toda vez que el Juez de Instancia obvió el principio de unidad de prueba, pues no hizo una apreciación conjunta conforme a las reglas de la sana crítica de todas las obrantes en el plenario para determinar el lugar de facción de la procesada al momento de los hechos, ya que solo tuvo en cuenta el documento firmado por la TE. AGC donde dice que el lugar de facción para la procesada eran las “SALAS DE ABOR-DAJE”, y la consigna donde dice que los policiales se pueden desplazar a los baños a revisar pasajeros, pero no tuvo en cuenta la prueba testimonial, ni la pericial, las cuales permiten aclarar el lugar de facción y las restricciones para dicho lugar. ...” (Rad. 158151 del 25 de febrero de 2015, M.P. CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).



3. ABANDONO DEL PUESTO

Antijuridicidad material

“(…) Tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido enfáticas y prolíferas indicando que no basta la mera contrariedad de la conducta con la norma penal –antijuridicidad formal–, sino que debe existir una lesión o peligro potencial injustificado del interés tutelado para estructurar la antijuridicidad material²; se particulariza entonces en el desvalor del acto verificado con el daño o puesta en peligro de intereses vitales de la comunidad o el individuo protegidos por la norma, situación esta última que se patentiza en los llamados delitos de peligro como lo es el Abandono de Puesto, en los cuales no es necesario un daño real sino una “*situación de riesgo de lesión en el mundo real*”³, entendiendo que si bien en el ámbito naturalístico el “daño” significa lesión, menoscabo, destrucción o disminución causado al objeto material; en el plano jurídico el “daño” que amerita la intervención del derecho penal emerge de la efectiva lesión o de la concreción de un riesgo respecto del bien materia de protección, lo que no lo convierte, acota esta Sala de Decisión, en un resultado material sino en uno valorativo⁴.

Dicho en otras palabras, el aparato punitivo del Estado solo puede operar en tanto medie la afectación significativa o relevante de un bien jurídico que sea susceptible de protección por parte del derecho penal, ya sea por lesión directa o efectiva puesta en peligro del mismo.

Así entonces, uno de los elementos esenciales del delito lo es el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico-penal, que frente a los delitos de peligro obliga al funcionario judicial a tener claro el ámbito de protección de la norma, para

2 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, entre otras: providencia del 16 de junio de 1981, Magistrado Ponente ALFONSO REYES ECHANDÍA; 1º de febrero de 2001, radicado 16362.

3 Zaffaroni, *óp. cit.*, p. 469.

4 Mezger, *óp. cit.*, p. 102: “En los delitos de peligro, la producción de un ‘peligro’ forma parte del tipo”. Así mismo, Roxin, Derecho penal, *óp. cit.*, § 10, 104; y Fernández Carrasquilla, Juan, *óp. cit.*, p. 140: “[...] el peligro (concreto) que para el bien jurídico se deriva de una acción determinada constituye un ‘desvalor de resultado’, pero no es, sin embargo, un resultado en sentido material sino solo en sentido valorativo, pues se trata de la apreciación o valoración de la probabilidad de daño que se crea para dicho bien en la situación particular”.



el caso prevenir actos que signifiquen un real riesgo para el servicio policial o militar establecido en la Constitución, la ley o los ordenamientos institucionales, y a través de este –servicio–, de bienes personales como la vida, integridad, el patrimonio económico, y de bienes sociales como las condiciones de mantenimiento de la paz, de la convivencia social, de la seguridad ciudadana, entre otros, luego de lo cual deberá concretar si en el asunto puesto a su consideración la conducta indagada significó una efectiva puesta en peligro al bien jurídico así conformado.

No de otra manera es factible endilgar responsabilidad a un justiciable. El principio de lesividad busca armonizar la necesidad abstracta de protección que busca el tipo penal, con la garantía del procesado de ser condenado únicamente cuando su conducta haya creado situaciones de riesgo inadmisibles y efectivas contra el señalado interés jurídico. Ello se desprende del mencionado artículo 17 de la Ley 1407 de 2010 al acuñar la frase “...que *lesione o ponga efectivamente en peligro...*”, queriendo con ello decir que el riesgo en abstracto previsto por el legislador en el tipo penal se verificó de modo real y verdadero en el mundo exterior y por lo tanto le corresponde al operador judicial valorar la conducta del procesado a través de los medios de conocimiento recolectados en la investigación, en aras de establecer si en el momento social e histórico que acontece el comportamiento lo hizo dañino por su potencialidad de afectar ámbitos como la tranquilidad o la seguridad en este caso.

En conclusión, en nuestro actual Estado social de derecho para que se predique el elemento de antijuridicidad de una conducta punible, no solo debe comprobarse la contrariedad formal con la norma –antijuridicidad formal–, sino que la acción o la omisión debe haber vulnerado –lesión o peligro– de manera efectiva –real, verdadera– el bien jurídicamente tutelado –antijuridicidad material–, conforme se desprende no solo de las normas legales arriba transcritas sino de la ontología e interpretación sistemática de los artículos 2º, 86 y 228 de la Constitución Política colombiana, ello dado que el principio político criminal de lesividad, dogmáticamente tomado por la antijuridicidad material, no es un mero referente para la construcción del delito sino un requisito para establecer la relación directa que debe existir entre la conducta y el bien jurídico que protege la disposición legal.(...)”. **(Rad. 158429 del 29 de julio de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Tercera Sala de Decisión).**



4. ABANDONO DEL PUESTO

Deber de presencia

“Conforme a lo anterior, no está llamado a prosperar el escueto argumento defensivo que señala, “ahora bien que se diga que era hasta las 22:00 horas y que levantó el servicio a las 20:30 no constituye delito porque ya a esa hora de la noche había terminado el ingreso de personas por venta de boletería”, razón por la cual este solo episodio fáctico de abandonar el puesto por más de una hora y treinta minutos, configura el supuesto fáctico del punible de abandono del puesto”. (...)

De lo anterior ha de señalarse entonces, que el punible de abandono del puesto es un tipo penal que busca proteger el bien jurídico del servicio y es en este orden de ideas en que el servicio policial que buscaba preservar la tranquilidad en la comunidad durante la realización del espectáculo del Circo de México, fue puesto en peligro por la conducta omisiva del IT. FJH al no ejercer la actividad de supervisión, orientación y control directo sobre los auxiliares de policía, ejercicio que no se suple por contacto telefónico o vía celular como lo refieren los testimonios de los auxiliares de policía y el propio jefe de seguridad del Circo de México, unos y otros señalan la ausencia física total del área del servicio por parte del IT. FJH.

Adicional a lo anterior, el hecho fáctico de retirarse a las 20:30 horas, al igual que ordenar el retiro de los auxiliares de policía generó naturalmente la imposibilidad de seguir ejerciendo la función primaria de protección de la tranquilidad que habría de mantenerse mientras el desarrollo del evento y como lo había ordenado la orden del servicio, que ello debía cumplirse hasta las 22:00 horas, este comportamiento también puso en peligro el bien jurídico del servicio”. (Rad. 158145 del 20 de noviembre de 2015, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).



5. ABANDONO DEL PUESTO

Dolo. Delito típicamente militar

“(…) 8.1. El Abandono del Puesto es un delito típicamente militar

Es innegable que la finalidad del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos, pero de igual manera lo es, que la dinámica y dialéctica social han incrementado en cierta forma la afectación de un bien determinado, pues el conflicto del cual ha sido víctima nuestro país, los factores y agentes generadores de violencia, han conllevado a que la Policía Nacional y en general la Fuerza Pública estén comprometidas en el desarrollo de sus funciones constitucionales, dando una nueva dimensión al injusto en aras de mantener vigente la protección del bien jurídico; bajo esta premisa, se destaca que el delito de Abandono del Puesto involucra no solo el abandono espacial del puesto sino también la incuria funcional por parte del agente que se encuentre de facción o de servicio, estableciendo para ello una serie de verbos rectores que, de cumplirse de manera independiente o conjunta, determinan la configuración típica de la conducta punible, entre ellos: abandonar el puesto por cualquier tiempo, dormirse, embriagarse o ponerse bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. (...).

8.3 El dolo como modalidad de la conducta punible en el delito de Abandono del Puesto

Indicó el apelante que disiente del a quo respecto del criterio de la culpabilidad, pues no es cierto que el delito de Abandono del Puesto lleve implícito el dolo, cuando el mismo no se presume, sino que se debe probar.

Al respecto la Sala hará una breve contextualización recordando que el artículo 21 del Código Penal colombiano y el 23 de del nuevo Código Penal Militar establecen que el dolo es una de las modalidades de la conducta punible, definiéndolo en sus artículos 22 y 24, respectivamente, así:

“La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización...”

Es en tanto el dolo, la representación del resultado que se constituye en el motivo por el cual se realiza el hecho, es decir, la manifestación de voluntad, lo que hace presumir el conocimiento de las circunstancias que rodean el hecho en concreto, y además, que corresponde a una definición legal⁵.

De manera entonces que la modalidad dolosa de las conductas, en su parte subjetiva, conlleva el saber y la voluntad, esto es, el conocimiento que tiene el agente de realizar una conducta descrita en la ley como punible y el querer su realización. Para ese primer aspecto –conocimiento de los elementos de la figura típica– resulta necesario que, al igual que lo hiciera un hombre promedio en su situación, el agente entienda que con su accionar abarca aquellos elementos y sea consciente de ello, pero además, que considere que es realmente posible la producción de las circunstancias del hecho en el caso concreto y quiera hacerlo, es decir, que desee realizar la conducta prohibida y, bajo un entendido tal, ponga en marcha su accionar, bien sea que este alcance tan solo el fin propuesto o, amén de ello, produzca otro resultado previsible y ligado, inevitablemente o eventualmente a aquel propósito inicial. **(Rad. 158357 del 29 de febrero de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Tercera Sala de Decisión).**



6. ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES

Deber de presencia

“(…) Lo tutelado es el servicio en su acepción del deber de presencia que le incumbe a todo miembro de la Fuerza Pública. (...)”

No resulta congruente con el fin de protección de la norma que tipifica el reato por el que se procede, que se alegue por parte del operador judicial de primera instancia, que no se evidenció daño alguno del bien jurídico objeto de protección por no haberse afectado el propósito de la misión o de la operación militar o porque no se puso en peligro la vida o integridad de alguno de sus miembros, pues olvida que lo tutelado en el delito de Abandono del Servicio de Soldados Voluntarios o Profesionales es el servicio en su acepción del deber de presencia que le incumbe a todo miembro de la Fuerza Pública en tanto parte integrante de un pie de

fuerza caracterizado por su permanencia tal como se colige de lo consagrado en la Constitución Nacional, toda vez que la ausencia deliberada e inconulta del servicio por parte del militar sujeto activo del reato en cita –llámese Soldado Voluntario o Profesional–, como aconteció en el caso en estudio, altera indubitablemente el normal desarrollo institucional del servicio y de quienes integraban la compañía Atila que se encontraban en el área de operaciones enmarcadas en la Misión Táctica 022, “Obelisco 1”, Orden de Operaciones “Amazonas” de la Brigada 16 del Ejército Nacional, con una misión específica. (...)

Al ausentarse en la forma que lo hizo, subrepticia y desautorizadamente de su unidad fundamental inmersa en el cumplimiento de una operación militar cimentada en la Orden de Operaciones a la que se ha hecho alusión, el Soldado Profesional SVDS no solo dejó al garete el cumplimiento de las funciones derivadas de su función militar y de paso abandonó a sus compañeros de armas, sino que además se expuso a los riesgos descritos en dicha Orden de Operaciones, tales como movilizarse por áreas preparadas por el enemigo con artefactos explosivos, trampas con granadas y hasta “plan pistola”, y expuso a los mismos a sus pares (...).

Vistas las cosas de esta manera, es innegable que el típico comportamiento del SLP. SVDS lesionó de manera efectiva el bien jurídicamente tutelado en la norma de prohibición que recoge el punible porque se adelantó la presente actuación, esto es, el Servicio, sin que sea de recibo lo argüido por el a quo en el sentido que la conducta desplegada por el procesado no rebasó el ámbito de la antijuridicidad formal en tanto se trató simplemente de la mera contradicción entre su comportamiento y la norma, en tanto, como ya se dijo, su ausencia trastocó en forma efectiva el cumplimiento de las funciones y tareas específicas que como Soldado Profesional del Ejército Nacional le incumbían e incluso las que competían a la unidad fundamental de la cual hacía parte integrante, es decir, su comportamiento pisó los terrenos de la antijuridicidad material siendo dable, en consecuencia, radicar en cabeza suya la comisión del injusto típico de Abandono del Servicio de Soldados Profesionales o Voluntarios”. (...).

Así entonces, considera la Sala un despropósito jurídico pensar que la Compañía a la que pertenece el procesado, por no haber sido objeto de una hostilidad o por no haber tenido lugar un fracaso militar o el deceso de los miembros de la Fuerza Pública comprometidos en la ejecución de la operación, no se causó daño alguno al bien jurídico objeto de salvaguarda. Recuérdese que el servicio inicia desde los mismos actos preparativos de la misión y, por lo tanto, la ausencia injustificada de cualquiera de los miembros que hacen parte de ella perturba el normal desarrollo de la operación”. **(Rad. 158208 del 11 de agosto de 2015, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Tercera Sala de Decisión).**

7. ABANDONO DEL SERVICIO

La solicitud de renuncia a la nacionalidad colombiana no hace cesar las obligaciones como miembro de la Fuerza Pública

“Frente a los anteriores planteamientos, lo primero que la Sala debe determinar es la fecha exacta en el cual el señor ST. JSAB pierde la nacionalidad colombiana, a partir de esa circunstancia de orden temporal, se deberá establecer si la jurisdicción penal militar es competente para investigar y juzgar la conducta del oficial, para finalmente, determinar si efectivamente como lo afirma el apelante, la conducta resulta atípica. (...)

... la nacionalidad debe entenderse como el vínculo jurídico esencial entre el individuo y el Estado, en virtud del cual una persona es miembro de la comunidad política de un Estado según el Derecho Interno y el Derecho Internacional, por tanto, se constituye en un elemento fundamental para la seguridad del Individuo, pues, además de conferir a la persona sentido de pertenencia e identidad, le otorga el derecho a disfrutar de la protección del Estado y le aporta un fundamento legal para el ejercicio de diversos derechos civiles y políticos.

(...) por tratarse igualmente de un derecho de libre disposición, como lo prevén los instrumentos internacionales arriba citados, cualquier colombiano puede renunciar a su nacionalidad, pero, “Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley”, conforme al arto superior referido. (...).

Ahora bien, como la nacionalidad se constituye en el vínculo jurídico que une al individuo con el Estado, le corresponde al derecho interno de cada país legislar sobre la adquisición, la renuncia, la pérdida y la readquisición de la nacionalidad, aspectos que nuestra Constitución ha delegado en el legislativo, órgano que desarrolló ese postulado superior en la Ley 43 de 1993, la cual fue reglamentada mediante el Decreto 1869 de 1994 y modificada por la Ley 962 de 2005.

Las anteriores disposiciones fijan la competencia para definir la renuncia y la readquisición de la nacionalidad, en el Ministerio de Relaciones Exteriores, “Los nacionales colombianos tendrán derecho a renunciar a su nacionalidad, la cual se producirá mediante manifestación escrita presentada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores o los Consulados de Colombia, la cual constará en un acta, cuya copia se enviará a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y al Ministerio de Relaciones Exteriores”⁶, cuyo trámite y requisitos se encuentran regulados en el Decreto 1869 de 1994, normas que establecen que la decisión sobre la aceptación de la renuncia se deberá adoptar mediante acto administrativo que ha denominado “Acta”, proceso que debe cumplir con el procedimiento general previsto en el Código Contencioso Administrativo y la decisión se halla sujeta a los recursos allí previstos.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 (Código Contencioso Administrativo), vigente para el momento en que se produjo la actuación

6 Ley 43 de 1993, artículo 23.

administrativa que decidió sobre la renuncia de la nacionalidad del señor JSAB, por tratarse de una decisión proferida por un Ministro, contra ese acto administrativo no es susceptible de recurso de apelación, solamente procede el recurso de reposición, dado que se trata de “actos administrativos de carácter particular”⁷, el cual debe notificarse en la forma prevista en la ley, recurso que deberá “interponerse dentro de los diez (10) días siguientes”⁸ a la notificación.

En esa medida, por tratarse de un acto administrativo susceptible de ser impugnado, solo adquiere firmeza y queda ejecutoriado, conforme a lo dispuesto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, “Desde el día siguiente al vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos”, por tanto, solo produce efectos hasta que haya quedado en firme y ejecutoriado, no desde la fecha de su expedición.

Examinado el expediente, encontramos que a folio 280 del cuaderno, copia dos enviado a este *ad quem* para desatar el recurso de alzada, obra el “ACTA DE RENUNCIA DE LA NACIONALIDAD COLOMBIANA n.º 12”, mediante la cual el Ministerio de Relaciones Exteriores resuelve la solicitud de renuncia de la nacionalidad colombiana presentada por el señor JSAB, la cual fue “Conferida en la ciudad de Bogotá D. C., a los 12 de agosto de 2013”, acto administrativo en el que se señala de manera expresa, “contra la presente Acta de renuncia procede el recurso de reposición, que podrá interponerse en los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación”⁹.

Dentro del proceso no obra copia de la actuación administrativa adelantada en el Ministerio de Relaciones Exteriores, o al menos, copia de la diligencia de notificación del citado acto administrativo y constancia de ejecutoria, en esa medida deberá allegarse copia de la citada actuación al expediente, no obstante, revisado el calendario del mes de agosto de 2013, si el acta de renuncia fue notificada el mismo día de su expedición, esto es el 12 de agosto, como lo afirma el apelante, los diez (10) días hábiles para presentar el recurso habrían transcurrido desde el día 13 del mismo mes y año, hasta el 27 de la referida data, dado que el día 19 era festivo, de manera pues, que solo habría cobrado ejecutoria y firmeza hasta el día 28 de agosto de 2013, vale decir, la renuncia de la nacionalidad solo produciría efectos jurídicos a partir del día 28 de agosto de 2013 y no desde el día 12 de agosto de la misma anualidad, como lo entiende el apelante.

Conforme a lo anterior, el señor JSAB, jurídicamente ostentaba la nacionalidad colombiana, por ende la ciudadanía hasta el día 27 de agosto de 2013, por tanto, sujeto a la jurisdicción personal del Estado colombiano, con pleno goce de las facultades, deberes, obligaciones y derechos emanados de esa condición, por tanto responsable de sus actos u omisiones en su condición de Oficial de la Fuerza Aérea. **(Rad. 158125 del 30 de septiembre de 2015, M.P. MY (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

7 Artículo 66 Ley 1437 de 2011.

8 Artículo 46 Ley 1437 de 2011.

9 Folio 280 cc 2.



8. ABANDONO DEL SERVICIO

La solicitud de retiro, no implica la eliminación de la obligación del policial de permanecer en el cumplimiento del servicio

“... ha de señalarse que al personal uniformado de la Policía Nacional le cesa la obligación de prestar servicio únicamente hasta cuando se presenta la situación administrativa del retiro (Decreto 1791 de 2000 art. 54)¹⁰, es decir, para el caso del PT. JFGL con la Resolución 02449 del 30 de julio de 2010¹¹, por medio de la cual el Director General de la Policía Nacional dispuso retirarlo del servicio activo por solicitud propia, ello para indicar que la simple solicitud de retiro o trámites para obtener el mismo, no implican la eliminación de la obligación de permanecer en cumplimiento de su servicio como integrante de la Policía Nacional en calidad de uniformado”. **(Rad. 157547 del 21 de junio de 2016, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**



9. ABANDONO DEL SERVICIO

Es un delito de ejecución permanente

“(…) Así las cosas, resulta procedente, en consecuencia, reputar como delitos de conducta permanente aquellos en que la acción típica puede tener o no agotamiento naturalístico en un solo momento, pero independientemente de ello, los efectos del injusto y del proceso consumativo se proyectan en el tiempo, de manera tal que aquel sigue cometiéndose y lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico protegido por la norma, hasta tanto su autor no decida hacerlo cesar o hasta tanto no tenga lugar un evento externo que ponga final a tales efectos.

Esto, de cara a los reatos militares de ausencia como el del Abandono del Servicio en los que el fin de protección de la norma es la plena disponibilidad del militar o policial al servicio, o, lo que es lo mismo, el deber de presencia de estos de manera tal que no exista interrupción injustificada alguna en el cumplimiento de los deberes que le atañen como servidores públicos y como miembros de la institución castrense, conduce a reputar como de conducta permanente el tipo penal en el que se hallan insertas las diferentes hipótesis comportamentales que lo pueden llegar a constituir, como igual acontece con los otros injustos típicamente militares subsumibles en aquella categoría, v. gr. el de la desertión y el de Abandono del Servicio de soldados voluntarios o profesionales por no citar más, (...)

Y es que a no otra conclusión se puede atracar si se parte de la especial circunstancia consistente en que el legislador de 2010 bien pudo, al regular las conductas contenidas en el artículo 107 del código de dicho año, mismo que describe el injusto del Abandono del Servicio, hacerlo bajo el entendido de que la acción típica tenía

¹⁰ DECRETO 1791 DE 2000. ARTÍCULO 54. RETIRO. Es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.

¹¹ Ver fol. 317 C.O.2.

lugar al abandonar los deberes propios del cargo por cinco (5) días consecutivos y no “por más de cinco (5) días consecutivos”, de lo cual se colige sin mayor esfuerzo racional que en razón de esto último, dicha acción puede tener lugar en el sexto día, pero también en el séptimo, en el décimo, en el vigésimo o, por no ir más allá, en el sexagésimo día de ausencia, lo que se traduce en que los efectos del injusto en realidad de verdad, así aquella acción típica tenga lugar en un momento específico, rebasan el marco temporal circunscrito a una determinada fracción de tiempo, en este caso el de cinco días, de manera tal que sigue cometiéndose y lesionando el bien jurídico protegido por la norma hasta tanto su autor no desista de su proceder reasumiendo sus deberes o sea aprehendido o se profiera acusación en su contra.

Una consideración diferente, esto es, que el tipo en mención es de conducta instantánea y de contera la acción típica se consume, diferente a “se consume”, en un solo evento naturalístico que coincide con el advenimiento de un día adicional a los cinco de ausencia, conduciría a la imperiosa conclusión de que, habida cuenta que en los días que van más allá de esa sexta data también hay una afectación del bien jurídico protegido, al término de cada sexto día habrá un delito de ausencia consumado y de que asimismo habrá un concurso real de punibles a razón de tantos de ellos arroje el guarismo resultante de dividir el tiempo final de ausencia por seis, lo que en últimas resultaría no solo más gravoso para el ausente, sino además contrario al espíritu del legislador”. **(Rad. 158224 del 24 de junio de 2015, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



10. ABANDONO DEL SERVICIO

Las incapacidades ambulatorias no generan atipicidad del delito

“Conforme al dicho de estos testigos, que no fue desvirtuado, pero que sí encuentra eco en las probanzas y deja sin sustento lo manifestado por el procesado, pues no se entiende cómo si la incapacidad que le fue extendida era de carácter ambulatorio, no total, y solo comprendía la limitación para hacer ejercicios y levantar objetos pesados, opta por alejarse del cumplimiento de sus funciones, sin autorización alguna y sin realizar los trámites administrativos dispuestos para ello, los cuales conoce perfectamente un sargento, pues estos se enseñan desde la Escuela de Formación, como es efectuar las presentaciones de protocolo militar, con fuerza vinculante, ante el comandante de la Unidad, el Ejecutivo, jefe de personal y firmar el respectivo libro de salida, lo que más allá de formalizar un acto, es el momento en que administrativamente se precisa la salida de un permiso y su llegada; situación que de no realizarse no desnaturaliza el delito, o lo hace atípico, como equivocadamente lo entiende el *a quo*, sino a contrario, es el axioma que permite inferir uno de los elementos estructurantes de conciencia y voluntad para hacer dejación de los deberes del cargo”. **(Rad. 158377 del 26 de abril de 2016, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

11. ABANDONO DEL SERVICIO

Requiere de un sujeto activo calificado para su configuración

“En la realización del injusto de abandono del servicio, no puede olvidar la defensa que, el sujeto activo de esta conducta no es un ciudadano del común, sino un sujeto de exclusivas condiciones de sujeción, de conocimiento especial y particular de su labor militar, deberes y funciones, esto es, esencialmente calificado que se adecúa a la visión del fenómeno *intraneus*, presupuestos que se ajustan al elemento objetivo de los tipos penales especiales, máxime que se infiere su conocimiento específico y exclusivo, derivado de la formación obtenida en escuelas militares para ingresar y formar parte de la línea de mando de la jerarquía militar; se aúna la particular función que cumple, como es controlar soldados en el comando de escuadra o reemplazante de pelotón, quienes no solo son el mando directo en el combate sino además el primer nivel de control para que el soldado no deserte; lo que permiten inferir que el rol que cumplía el cabo SELF, no puede ser desempeñado sino por personas que ostenten tal calidad, y que se convierten en destinatarias excepcionales de la norma”. (...)

Los miembros de la Fuerza Pública que realizan el injusto de abandono del servicio, son solo aquellos que reúnen las exigencias de la descripción típica, y a quienes se reclama el deber de presencia, dado el conocimiento y deber especial, por lo que su ausencia inconsulta altera el normal desarrollo del servicio, expresado en el desvalor de resultado al afectar el bien jurídico servicio. Tanto es, que el Legislador ha dispuesto un ámbito *ex ante* de protección, y erige en delito de conducta la descripción comportamental consagrada en el canon 107 de la Ley 1407 de 2010. ...” (Rad. 158138 del 27 de abril de 2015, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



12. ABANDONO DEL SERVICIO

Se configura tanto por ausencia física como funcional

“Del precedente examen en conjunto de los medios de prueba, se infiere de manera razonada que el abandono de deberes, obligaciones y funciones de orden policial en el que incurre el PT. ORA, se materializó no solamente porque no se presentó al Departamento de Policía Caquetá a cumplir sus deberes legales, sino además porque no desarrolló función o labor alguna propia de su cargo en la Policía Metropolitana de Cali a partir del 27 de diciembre de 2013 hasta la fecha fijada en la resolución de acusación como límite para la configuración del delito (28 de noviembre de 2014 – fecha diligencia indagatoria), como lo señala la Fiscalía Penal Militar al calificar el mérito del sumario, se constituye en un abandono de deberes (...).

La primera de las conductas referidas, esto es el simple y llano abandono de los deberes propios del cargo por más de cinco (5) días, implica la abdicación, dimisión, cesación, dejación, desprendimiento o incumplimiento de los deberes, obligaciones

y funciones propias de su cargo como miembro de la Fuerza Pública, comportamiento que puede presentarse bien porque abandona físicamente la unidad en la que presta o debe cumplir sus servicios, por ende sus funciones o simplemente, así se encuentre dentro de las instalaciones militares o policiales cesa el cumplimiento de deberes y obligaciones, no realiza ninguna función o labor propia del servicio, sin ninguna justificación.

(...) No puede confundirse entonces que el abandono del servicio se presenta solamente por estas últimas conductas (no presentarse dentro de los cinco días a la unidad a la que había sido trasladado), como pareciera lo entienden el Juzgado de Primera Instancia y el ilustre Defensor, sino que además se puede incurrir en esa conducta cuando el uniformado no cumple con sus deberes, obligaciones y funciones propias de su cargo, aunque permanezca dentro de las instalaciones militares o policiales y a la vista de sus superiores, como acertadamente lo entendió la Fiscalía en la resolución de acusación¹² y en la audiencia de corte marcial” (**Rad. 158405 del 30 de noviembre de 2016, M.P. MY (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión**).



13. ABSTENCIÓN DE IMPONER MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

No implica que deba cesarse procedimiento

“... al momento de resolver la situación jurídica, el juez de instrucción debe establecer si se estructura un indicio grave de responsabilidad y de no lograrse, la decisión en derecho es abstenerse de imponer medida de aseguramiento, pero cosa distinta es afirmar que el hecho de encontrar en la valoración la causal que impide estructurar el indicio grave de responsabilidad, ello genere *per se*, también la consecuencia de la cesación de procedimiento”. (...).

“Conforme al argumento precedente existe una valoración probatoria del Juez 167 de Instrucción Penal Militar, dentro de la etapa de investigación, y por tanto su convencimiento obra dentro del terreno de la posibilidad y no en el terreno de la certeza, por ello resulta desacertado el silogismo jurídico planteado en el interlocutorio por parte del juez de instrucción, cuando asegura que como el Despacho se abstendrá de imponer medida de aseguramiento (convicción en grado de posibilidad), implica la consecuencia jurídica de decretar la cesación de procedimiento (convicción en grado de certeza).

Errado silogismo jurídico pues confunde el grado de valoración probatoria que requieren los dos institutos, el de la medida de aseguramiento se fundamenta en la

12 “Es posible que permaneciera en el complejo, como lo señala el PT. DANNY GABRIEL HUERTAS REVELO, quien labora en el complejo del Comando de la MECAL, pues conocía al procesado por haber laborado con él, pero esto es el ejercicio de funciones y las mismas no se prestan a capricho en un lugar, tampoco la presencia simple y llana, pues el servicio de policía es algo más complejo y dinámico, con funciones y finalidades que simplemente el cumplimiento de un horario por decisión propia”.



convicción de posibilidad, mientras que la cesación de procedimiento ha de sopor-
tarse en la convicción de certeza, lo cual se insiste entonces, en afirmar que el yerro
está en pretender asimilar que la cesación de procedimiento es una consecuencia
directa e inmediata de una valoración en grado de posibilidad obtenida al momento
de definir la situación jurídica que se reitera, esta se obtiene en una valoración de
posibilidad. (Rad. 158136 del 29 de septiembre de 2015, M.P. CR. FABIO ENRIQUE
ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).



14. ACCIÓN DE REVISIÓN

Las versiones rendidas por los desmovilizados en procesos de justicia y paz no se consideran como prueba nueva

“Sobre este tema también la jurisprudencia ha sido clara en señalar que las ver-
siones rendidas por desmovilizados en procesos de justicia y paz no se consideran
como prueba nueva, que no tienen el peso probatorio suficiente para dar curso a
un trámite de revisión, pues a la luz de la jurisprudencia de la Sala, las declaraciones
efectuadas por los postulados en el trámite de la Ley 975 de 2005, no pueden con-
siderarse como tal, puesto que las confesiones deben ser objeto de verificación por
parte de la Unidad Nacional de Fiscalías y la Policía Judicial, y este requerimiento y
exigencia no obra en la actuación, ...”.

En el presente evento no se aportó fundamento alguno en este sentido en lo
que concierne a la actuación en el trámite del proceso de justicia y paz, por ende
no obra tampoco comprobación del hecho delictual –como lo refiere la Corte– en
el que el postulado dice haber participado, razón por la cual no existe la suficiente
fuerza persuasiva para inferir que estamos en presencia de una prueba nueva con
esa capacidad demostrativa de derruir la decisión accionada, más aun en tratándose
de una entrevista y de las solas versiones rendidas. (...)

Así las cosas, frente a este instituto excepcional de control de legalidad con-
creto, se puede concluir que ni la demanda ni las pruebas allegadas a la actuación
permiten llegar a la conclusión de que se deben levantar los efectos de la res iudica-
ta, por ende resulta inmovible el fallo cuya remoción se pretende por la deman-
dante, con la sola manifestación que hacen dentro del marco de la Ley de Justicia
y Paz los postulados en la diligencia de versión libre que rindieran con ocasión de
su sometimiento a la Ley 975 de 2005 con miras a obtener beneficios punitivos
por los crímenes cometidos durante su pertenencia a la organización armada ilegal
(ACCU-Bloque Catatumbo). (...).

Este solo hecho, esta versión libre y confesión ante el Fiscal de la Unidad Nacio-
nal de Fiscalías para la Justicia y la Paz, ofrecida por los postulados, solo constituye
un acto aislado de lo dicho en sus exposiciones, sin que se adujera otro medio que
sirviere de respaldo como ya se indicó, incumpléndose así los requisitos de nove-
dad y trascendencia exigidos por la ley para la prosperidad de la causal invocada,

amén de los presupuestos abordados por la honorable Corte Constitucional en su Sentencia C-004 de 2003, que en últimas son los que impiden que prospere la acción”. (Rad. 158063, del 24 de julio de 2015, M.P. CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Cuarta Sala de Decisión).



15. ACEPTACIÓN DE CARGOS CONSAGRADA EN LA LEY 1058 DE 2006

La rebaja es de una sexta parte, en razón a la equivalencia de momentos procesales entre las Leyes 1058/06 y 1407/10

“En cuanto hace a la procedencia de la rebaja de pena en un cincuenta por ciento por aceptación de cargos, que el apelante invoca y soporta en decisión de esta Sala¹³ con ponencia de quien hoy cumple las mismas veces, debe recordar el Colegiado al apelante como al Ministerio Público que este criterio fue recogido, atendiendo una decisión de la Corte Suprema de Justicia que unificó el criterio sobre la temática propuesta y que fue plasmada por esta Sala y este mismo ponente en proveído con radicado 157717 del 30 de septiembre de 2013...”.

“Así las cosas, conforme al criterio que en 2012 se trazó en línea pacífica por esta Corporación y lo dispuesto por la Suprema Corte, en sede de casación penal, conlleva a afirmar que la rebaja que procede cuando se armoniza o se propende por la equivalencia de los momentos procesales de las Leyes 1058 de 2006 y 1407 de 2010, se debe atender la contenida en el artículo 508 de esta última normatividad, que prevé un descuento solo de una sexta parte.

En conclusión, la rebaja que deriva por declaración de culpabilidad en la audiencia de juicio oral, de acuerdo a lo consagrado en el canon 508 de la Ley 1407 de 2010, es de la sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados, por lo que el *quantum* de pena tasado fue establecido acertadamente por el fallador primario”. (Rad. 158297 del 27 de enero de 2016 M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA. Cuarta Sala de Decisión).

13 Rad. 157149, 157150 del 26 de octubre de 2011. 157133 del 9 de noviembre de 2011, 157350 del 30 de julio de 2012, 156460 del 8 de septiembre de 2012, 157420 del 18 de octubre de 2012. M.P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana.

16. ACEPTACIÓN DE CARGOS EN LA LEY 1765 DE 2015

Su aplicación no puede desconocer el debido proceso y las garantías procesales establecidas constitucional y legalmente, como la presunción de inocencia

“(…) El instituto de la aceptación de cargos dentro de la jurisdicción foral se encuentra regulado en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015¹⁴. Mecanismo que corresponde a una de las formas de terminación abreviada del proceso penal militar¹⁵ y responde a una política criminal cuya finalidad es la de lograr mayor eficiencia y eficacia en la aplicación de justicia, en lo que se ha denominado la justicia premial, en tanto, reconoce una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible al procesado como retribución a su colaboración con la administración de justicia penal militar, que permite emitir el fallo que pone fin al proceso antes de agotarse o cumplirse todas las etapas procesales establecidas por el legislador a determinados delitos¹⁶.

Para el efecto, el procesado durante la diligencia de indagatoria podrá aceptar los cargos que le impute el juez de instrucción, evento en el cual se levantará un acta en la que consten en forma clara, precisa y concreta los hechos y cargos que se endilgan al procesado, así como la aceptación que de estos realice el sindicado de manera expresa, libre, voluntaria y espontánea. Documento que se equipara para todos los efectos procesales a la resolución acusatoria. (…).

Advierte el Colegiado en este pronunciamiento, que la aceptación de cargos procede luego de que se presentaba la confesión simple por parte del indagado. Opinión que se sustenta en lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, donde se establece que la aceptación de cargos debe producirse de forma libre, voluntaria y espontánea; significando con ello que el sindicado no puede ser coaccionado, forzado o inducido a admitir los cargos formulados, puesto que el reconocimiento que hace el imputado ante el juez de instrucción, de ser el autor o partícipe de los hechos ilícitos que se investigan, debe ser potestativo y no hay lugar a aducir causales de inculpabilidad o de justificación. (…).

Así las cosas, no le corresponde al instructor provocar o conducir al procesado a aceptar cargos en la diligencia de indagatoria, puesto que se reitera, la manifestación de responsabilidad debe ser libre voluntaria y espontánea. Es el procesado

14 La norma señala: “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. Para tal efecto, el juez de instrucción procederá a levantar acta que suscribirá con el sindicado y su defensor, en la que consten los cargos aceptados por el procesado, la cual equivaldrá a la resolución de acusación y, remitirá de forma inmediata todo lo actuado al juez de conocimiento quien verificará si se imputaron adecuadamente los cargos, si su aceptación fue libre, voluntaria, espontánea y procederá a aceptarla, sin que a partir de allí sea posible retractación alguna; seguidamente dictará sentencia.

En este evento no será necesario resolver la situación jurídica.

PARÁGRAFO. Este procedimiento será aplicable únicamente para las conductas punibles establecidas en la Ley 1058 de 2006”.

15 Frente al particular el Tribunal Superior Militar, con ponencia del CR. Fabio Enrique Araque Varga, señaló en providencia radicada bajo el número 158438, lo siguiente: “Para abordar esta hipótesis la Sala de Decisión considera prudente recordar que dentro del procedimiento especial militar (Ley 1058 de 2006), existen institutos procesales de justicia premial como la confesión (Art. 446 Ley 522/99), la aceptación de cargos presentados por el Fiscal Penal Militar (Art. 579 Ley 522/99) y adicionalmente la aceptación de cargos ante el Juez de Instrucción Penal Militar (Art. 97 Ley 1765/15)”.

16 Ver pronunciamiento radicado 158387 del 12 de julio de 2016 del Tribunal Superior Militar, en donde la corporación con ponencia del CR. Camilo Andrés Suárez Aldana establece la naturaleza y alcance del instituto de aceptación de cargos dentro de la jurisdicción foral.

quien luego de admitir su participación en los hechos que se investigan de manera autónoma, discrecional y libre quien suscita la aplicación del instituto consagrado en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, en tanto, el titular del derecho a aceptar cargos es única y exclusivamente el procesado.

Lo antes enunciado determina, que si el procesado en diligencia de indagatoria no reconoce la participación en los hechos objeto de investigación o aceptando su comisión establece circunstancias que permiten configurar una causal de ausencia de responsabilidad penal, el juez de instrucción no puede dar aplicación al artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, puesto que de hacerlo deformaría las condiciones de espontaneidad y voluntariedad que se exigen. Por tanto, se itera, es solo a partir de la manifestación de responsabilidad que tenga origen en el sindicado que el juez instructor puede informar al indagado, previa ilustración, y otorgándole la posibilidad al señor defensor también de informar y asesorar a su defendido, sobre la posibilidad de aceptar los cargos, con las consecuencias que de ello se derivan.

El Juez de Instrucción al formular cargos al procesado debe informarle con precisión, dejando constancia de ello en el acta de la diligencia, el aspecto fáctico y jurídico¹⁷, entendida como la descripción de los hechos jurídicamente relevantes que se le atribuyen, así como, el delito específico que se le imputa y el grado de participación, causales de agravación o atenuación y la modalidad de la conducta punible endilgada (dolo, culpa o preterintención), además de ello, debe poner de presente al indagado el derecho que le asiste a no autoincriminarse y la imposibilidad de retractación de la manifestación de responsabilidad y de sus consecuencias¹⁸. (...).

Posteriormente se deberá levantar un acta en la que consten los cargos aceptados por el procesado que deberá ser suscrita por este y su defensor, que equivaldrá a la resolución de acusación. Documento que debe caracterizarse por un preciso contenido descriptivo en punto a la identificación del procesado y de su defensor, a la imputación fáctica y jurídica de los cargos, a cuáles de ellos fueron aceptados y cuáles no, al tipo penal que contiene la conducta punible enrostrada, a su ubicación en el respectivo códex con señalamiento del artejo correspondiente, a la imputación subjetiva endilgada, a la modalidad de la conducta y a que la aceptación de responsabilidad penal por parte del procesado fue libre, voluntaria, espontánea, informada y asesorada por quien ejerce la defensa técnica del mismo¹⁹. Actuación que deberá ser cotejada por el juez de conocimiento, quien solo podrá dictar sentencia una vez haya verificado que se imputaron adecuadamente los cargos y que su aceptación fue libre, voluntaria y espontánea.

Sin embargo, la aplicación del instituto de aceptación de cargos no puede desconocer el debido proceso y las garantías procesales establecidas constitucional y legalmente, como la presunción de inocencia. En ese sentido, solo podrá dictarse sentencia condenatoria cuando obren en el proceso pruebas que conduzcan a la

17 Ver Sentencia CSJ, Rad. 27710 del 18 de marzo de 2009, M.P. María del Rosario González de Lemus.

18 Ver providencia del Tribunal Superior Militar, radicado 158381 del 30 de marzo de 2016, M.P. CN. Jorge Iván Oviedo Pérez.

19 *Ibidem*.



certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado, conforme lo señala el artículo 396 del Código Penal Militar del año 1999.

Labor que le corresponde efectuar al juez de la causa sustentado en las pruebas obrantes dentro del plenario. Por lo tanto, la declaratoria de responsabilidad penal no puede derivarse simple y exclusivamente del reconocimiento de esta por parte del implicado mediante la aceptación de cargos, sino que, además, debe apoyarse en pruebas que ineludiblemente lleven al convencimiento de que este es responsable penalmente hablando. En dicha virtud, el mecanismo de aceptación de cargos no puede corresponder al único medio de convicción del juez, sino que además debe contarse con un mínimo probatorio que permita al fallador adquirir certeza frente a la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado. **(Rad. 158490 del 29 de noviembre de 2016. M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tercera Sala de Decisión).**



17. ACEPTACIÓN DE CARGOS-NULIDAD

Se puede generar cuando el procesado es erróneamente ilustrado sobre el monto legal de la rebaja punitiva

“Así las cosas, si en la diligencia de aceptación de cargos el procesado no fue ilustrado debidamente, o se le ilustró equivocadamente acerca de la hipótesis de pena que le pudiera corresponder por el delito (Desobediencia), aludiéndose como en este caso a una pena mínima de un año de prisión, que parece ser la pena mínima señalada para el delito en la Ley 522/99 y no en el artículo 96 de la Ley 1407/10, y si esa incertidumbre se extendió a lo estipulado en el artículo 579 de la Ley 522 de 1999, respecto de la disminución de una sexta parte de la pena por la aceptación de cargos, se estaría socavando no solamente el derecho a la no autoincriminación consagrado en el artículo 33 constitucional, sino la garantía del derecho de defensa porque se confundió al procesado al indicársele la imposición de una pena mínima, que era lejana a lo estipulado en la imputación jurídica de la resolución de acusación”. **(Rad. 158227 del 31 de agosto de 2015, M.P. CN (RA) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**



18. ALLANAMIENTO A CARGOS

Es irrevocable

“(…) en tratándose de la forma de terminación anticipada del proceso regulada en la Ley 1058 de 2006 –norma aditiva del código castrense del año 1999–, denominada “allanamiento a cargos”, a) se trata de una figura inserta en la llamada justicia premial pero que no por ello es expresión de un sistema acusatorio que aún se halla pendiente por implementar en la jurisdicción foral, y b) que una vez verificado que

el allanamiento a los cargos formulados por el Fiscal Penal Militar en su acto acusatorio aparejó una aceptación de responsabilidad penal que operó libre, consciente, voluntaria y completamente informada, no es factible desde decir de lo pactado, salvo que se demuestre que existió una vulneración de sus garantías fundamentales o un yerro sobre el quantum de la pena y/o los aspectos operacionales de la misma, pues de no ser así se contrarían el principio de seguridad jurídica y los deberes de lealtad y buena fe que se exige a los intervinientes en el trámite. (...).

Así las cosas, verdad de Perogrullo resulta el que en tratándose de la figura en comento, esto es, el allanamiento a cargos introducido al procedimiento penal militar en el año 2006, el mismo comporta la renuncia por parte del procesado a guardar silencio y a un juicio oral y contradictorio como producto de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa técnica y orientada a la consecución de dos finalidades únicas y primordiales: terminar anticipadamente el proceso y lograr a cambio una rebaja de la pena imponible.

Pero una vez realizada la manifestación de voluntad por parte de quien fuere acusado en el acto calificador proferido por el Fiscal Penal Militar, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, atributos que han de ser verificados por el Juez de Instancia en la oportunidad procesal implementada al efecto mediante la constatación de las anteriores circunstancias, no es razonable que el allanado a cargos o su defensor pretendan sin ton ni son retractarse, sin justificación válida alguna y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable, de la aceptación de responsabilidad penal previamente asumida, con mayor razón cuando ello iría en detrimento de la administración de justicia en la medida que dicha manifestación resultaría inane y a la postre el proceso no podría terminar anticipadamente, socavándose la utilidad de un mecanismo tal y lesionándose de paso el principio de seguridad jurídica.

Quedan a salvo de una prohibición tal, se itera, los casos en que en el allanamiento a cargos, o lo que es lo mismo en la admisión de responsabilidad penal llevada a cabo por el procesado, se incrustan irregularidades de índole sustancial, derivadas de vicios del consentimiento o de vulneración de derechos o garantías fundamentales, como por ejemplo que la aceptación haya sido determinada por error, fuerza o dolo, o que no se haya garantizado al aceptante su derecho a contar con la asistencia y presencia de una defensa técnica, eventos en que resultaría procedente, sin que ello se erija en expresión de la aceptación de una “retractación”, retrotraer la actuación procesal en orden a dejar sin efectos el allanamiento afectado de irregularidad, ello, claro está, siempre y cuando quien alegue la pretendida irregularidad cumpla con la carga de demostrar la efectiva configuración de alguna de aquellas dos situaciones invalidantes.

No obstante, sea bueno aclarar, esta excepción a la regla general, si así se le puede denominar, no se puede entender como una patente de corso para que quien acude a la alegación de la presencia de una de las irregulares circunstancias en cita, pretenda, bajo el pretexto de estas, reabrir discusiones dogmáticas y/o probatorias orientadas a exaltar la inocencia frente a los cargos previamente aceptados



(retractación total) con miras a obtener una decisión absolutoria, o a modificar la modalidad de la conducta atribuida (retractación parcial) con el propósito de obtener un descuento punitivo, pues es más que obvio que al momento procesal en que aquel disentimiento tiene legal cabida, la discusión sobre los aspectos dogmáticos anejos a la responsabilidad penal o sobre la valoración de la prueba han finiquitado, quedando sin embargo a salvo, en el evento que prospere la invalidación del allanamiento a cargos y tenga lugar la necesaria reposición de lo actuado, la posibilidad de que un debate tal tenga lugar en juicio. (...)” (**Rad. 158214 del 24 de septiembre de 2015, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión**).



19. APLICACIÓN ARTÍCULO 97 LEY 1765 DE 2015

Requisitos del allanamiento a cargos

“(...) por tratarse de un verdadero allanamiento²⁰ a los cargos imputados fáctica y jurídicamente en la diligencia de inquirir –allanamiento que incluso puede ser parcial aclara la Sala–, la aceptación de responsabilidad por parte del sindicado implica su renuncia a debatir las pruebas con las que hasta ese momento cuenta la jurisdicción en orden a demostrar la materialidad del hecho investigado y su responsabilidad en la comisión de este, renuncia que por otro lado tiene una faz positiva, si así se le puede denominar, en tanto aquel allanamiento a cargos –o aceptación de los mismos si así se quiere–, implica de suyo el reconocimiento del contenido de los citados medios de convicción, contenido que, aunado a lo que manifieste el indagado, se erigirá en los cimientos que soportarán la sentencia de condena.

Ello explica por qué la imputación enrostrada por el juez instructor al inculpinado no solo debe ser fáctica y jurídica, como se consignara en la decisión parcialmente trasuntada, sino que además deba ser lo más precisa posible, abarcando todos los elementos estructurales del tipo objetivo descriptor de la conducta endilgada –con señalamiento preciso de aquella que corresponda en tratándose de tipos de conducta alternativa–, la imputación subjetiva, la modalidad de la conducta espetada y la forma de autoría o de participación que corresponda, ello habida cuenta de lo que objetivamente señalen los antes citados elementos de juicio.

Adicionalmente, huelga decir, el indagado, a quien previamente se le debe haber impuesto que le asiste el derecho a no autoincriminarse, debe ser informado de que la aceptación de los cargos imputados conlleva la aceptación de la responsabilidad penal en su triple dimensión de conducta típica, antijurídica y culpable –no de simple autoría o participación–; que produzca una aceptación tal, no hay lugar a posterior retractación; que con la misma renuncia a ser vencido en un juicio público, oral, contradictorio e imparcial; que asimismo renuncia a allegar pruebas y controvertir las que hasta en ese momento procesal existen en su contra; que ello

²⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Allanamiento. 1. m. Acción y efecto de allanar o allanarse. 2. m. Der. Acto de conformarse con una demanda o decisión. 3. m. Der. Acto procesal del demandado por el que acepta las pretensiones dirigidas contra él en una demanda.

apareja el proferimiento de una decisión en su disfavor y que por razón de esto le será impuesta una pena que, en punto a su modalidad y tasación, se ha de sujetar a las estrictas previsiones legales en la materia, ello previo el descuento punitivo a que se hace acreedor el procesado por razón de la aplicación del instituto en comento y cuyo *quantum* se determinará en la correspondiente sentencia. En esta diligencia, acota la Sala, es perfectamente viable, sin que ello se oponga a la teleología del instituto, que el procesado y/o su defensor expongan argumentos con miras a que el descuento punitivo les sea concedido en una proporción determinada²¹, recuérdese que el multicitado arto 97 de la Ley 1765 de 2015 prescribe que el mismo podrá ser de hasta la mitad de la pena imponible, argumentos respecto de los cuales el juez de conocimiento, o de instancia si así se quiere, habrá de pronunciarse en el acto procesal idóneo al efecto, esto es, en la sentencia de primer grado.

Una vez cumplido el anterior derrotero, e informada y materializada la posibilidad que cabe al sindicado o imputado de ser asesorado por el profesional del Derecho que ejerza la defensa técnica, es dable considerar abonada la incolumidad de los derechos y garantías que incumben al *sub judice*, cobrando plena viabilidad la aplicación del plurinombrado instituto procesal de efectos sustanciales en los eventos en que el encausado asienta en allanarse, total o parcialmente, a los cargos imputados en los términos ya señalados, debiendo, en consecuencia, seguirse el rito señalado al efecto por la novel norma, ello en punto al levantamiento de una acta por parte del juez de instrucción, misma que deberá ser signada por este y por el sindicado y su defensor, y en la que se deberán hacer constar los cargos imputados –esto con estricta sujeción a lo apuntado párrafos atrás–, y los aceptados por el procesado.

Esta acta, como dispone el multicitado arto 97 de la Ley 1765 de 2015, equivale a la resolución de acusación y por ende no puede ser ajena a los parámetros decantados por esta Colegiatura en esta providencia y en las referenciadas en la misma, razón por la cual no se puede circunscribir a señalar que el encartado en diligencia de inquirir aceptó los cargos imputados por el juzgado instructor por un determinado delito, sino que, en forma conteste con aquello a que debe ceñirse el acto procesal en que tiene lugar dicha imputación de cargos y la aceptación de los mismos, debe caracterizarse por un preciso contenido descriptivo en punto a la identificación del procesado y de su defensor, a la imputación fáctica y jurídica de los cargos, a cuáles de ellos fueron aceptados y cuáles no, al tipo penal que contiene la conducta punible enrostrada, a su ubicación en el respectivo códex con señalamiento del arto correspondiente, a la imputación subjetiva endiligada, a la modalidad de la conducta y a que la aceptación de responsabilidad penal por parte del procesado fue libre, voluntaria, espontánea, informada y asesorada por quien ejerce la defensa técnica del mismo.

Todo ello, una vez remitida la actuación al juez de conocimiento, deberá ser objeto de minuciosa verificación por parte de este dispensador de justicia, pues es a él a quien compete ejercer el control sobre una aceptación tal en sus dos extremos,

21 Al respecto ver sentencia del 15 de mayo de 2013, radicado 39025, M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, parcialmente trasuntada párrafos atrás.



esto es, avalar que la decisión de aceptar la responsabilidad penal haya sido en realidad de verdad libre, consciente, voluntaria y previamente informada sobre las consecuencias de la misma, y, además, la constatación de que existe un *mínimum probatorio* que, sumado a la aceptación de responsabilidad, son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia en grado de certeza racional, dando paso a un fallo de condena.

De resultar esta verificación satisfactoria en todo sentido, el juez, llámesele indistintamente de conocimiento o de instancia, no tendrá opción diferente a la de dictar sentencia con obligada sujeción al marco fáctico y jurídico fijado en la diligencia de indagatoria.

Este entendimiento de la aplicación del prenombrado instituto de la aceptación de cargos, se habrá de decir, se funda en que habida cuenta que el imputado o indagado a cambio de obtener una sustancial rebaja en la pena que habría de corresponderle por la conducta delictiva llevada a cabo si la causa se siguiera por el rito ordinario, renuncia, se itera, no solo al derecho de no autoincriminarse, sino además a la posibilidad de tener un juicio público, oral, contradictorio e imparcial, al igual que a allegar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra, para en su lugar aceptar sin ningún condicionamiento la responsabilidad penal en el comportamiento de trascendencia social y jurídica que le ha sido atribuido por el juez de instrucción penal militar.

Así las cosas, esta manifestación de voluntad ha de estar rodeada de los mayores garantismos con el fin de evitar que individuos que no cometieron la conducta punible endilgada o que no participaron en alguna forma o grado en la misma o que bien la llevaron a cabo pero incurso en alguna causal de ausencia de responsabilidad o de degradación de esta, terminen renunciando a la presunción de inocencia que los ampara y comprometan su responsabilidad penal, en forma contraria a lo que refiere el *mínimum probatorio* a que se ha hecho alusión y como consecuencia bien de no haber sido informado por el operador judicial de las implicaciones que ello aparejaba, ora por no habersele brindado la oportunidad de haber recibido el consejo y asesoría de quien ejerce su representación judicial. (...)” **(Rad. 158410 del 19 de septiembre de 2016, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



20. APLICACIÓN DE LA LEY 890 DE 2004 EN LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA

Frente al Fraude Procesal, y su prescripción

(...) La Corte Suprema de Justicia²² y el Tribunal Superior Militar²³ han señalado de manera contundente que el incremento punitivo general establecido para los delitos contemplados en el Código Penal por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004,

22 Sentencia de tutela, radicado 24.021, reiterada en auto de casación del 23 de febrero de 2006, radicado 24.890.

23 Tribunal Superior Militar, Sentencia 03 de diciembre de 2008, Rad. 154744, M.P. CN. Carlos Alberto Dulce Pereira.

solo puede aplicarse en tanto opere el sistema penal oral de tendencia acusatoria en la respectiva jurisdicción.

Sin embargo, olvida el apelante que dicha condición no se predica respecto de los artículos 7° a 13 de la Ley 890 de 2004, que modificara varios tipos penales entre ellos el relativo al Fraude Procesal, en la medida que su vigencia se determinó en forma inmediata²⁴.

Así las cosas, la modificación que efectuó el artículo 11 de la Ley 890 al artículo 453 del Código Penal²⁵, que consagra el delito de Fraude Procesal, rigió a partir del 7 de julio de 2004, fecha de expedición de la citada norma. Incremento punitivo que no se sujetó al ingreso al sistema procesal desarrollado por la Ley 906 de 2004, como ocurrió con el aumento de la pena señalado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, puesto que para la fecha de su aplicación el nuevo modelo procesal no había comenzado a implantarse por parte de la jurisdicción ordinaria”.

(...)

La prescripción de la acción penal en el caso particular. El artículo 83 de la Ley 522 de 1999, establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, que en ningún caso podrá ser inferior de cinco ni superior a veinte años. El artículo 85 del citado Código Penal Militar, determina que la prescripción de la acción empezará a contarse en los delitos de ejecución permanente desde la perpetración del último acto.

El Fraude Procesal como delito permanente, solo se concibe agotado cuando la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley deja de surtir efectos. Situación que de no darse implica que el último acto se produce al momento de ejecutoriarse la providencia que declara el cierre del ciclo instructivo, como arriba se precisó.

Entendido lo anterior, al delito de Fraude Procesal le está asignada por el artículo 453 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004, una pena de prisión de seis a doce años. El término prescriptivo por tanto corresponde al máximo de la pena privativa de la libertad, es decir, a doce años. Lapso que deberá contabilizarse desde la perpetración del último acto y solo podrá interrumpirse hasta el momento de surtirse la ejecutoria de la resolución de acusación.

Como en el caso *sub judice* no logró establecerse el momento en que el acto administrativo de clasificación contrario a la ley dejó de surtir efectos, deberá tenerse como momento consumativo del delito la fecha de ejecutoria de la providencia que declaró el cierre de la etapa investigativa, ocurrida el 18 de octubre

24 El artículo 15 de la Ley 890 de 2004, dispuso: “La presente ley rige a partir del 1° de enero de 2005, con excepción de los artículos 7° a 13, los que entrarán en vigencia en forma inmediata”.

25 El artículo 11 de la Ley 890 de 2004, señaló: El artículo 453 del Código Penal quedará así: “**Artículo 453. Fraude procesal.** El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.



de 2012²⁶. Hito temporal desde el cual debió comenzar a contabilizarse el término prescriptivo de la acción penal.

Lapso extintivo que se vio interrumpido con la ejecutoria de la resolución de acusación, situación que se produjo el día 28 de junio de 2013, al quedar ejecutoriada la decisión de la Fiscalía Segunda ante el Tribunal Superior Militar²⁷, mediante la cual se desató el recurso de apelación impetrado por la defensa en contra del acto calificador²⁸.

Como quiera que el periodo entre el momento en que se produjo el cierre de la etapa instructiva y aquel en que se dio la ejecutoria de la resolución de acusación no superó el término prescriptivo de doce años, no operó el fenómeno prescriptivo de la acción penal, como lo reclama erróneamente la defensa...”. (Rad. 156889, del 7 de septiembre de 2015, M.P. TC WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tercera Sala de Decisión).



21. ARTÍCULO 97 LEY 1765 DE 2015-ACEPTACIÓN DE CARGOS

Instituto de la justicia premial, de aplicación en el esquema procesal contemplado en la Ley 522 de 1999

“Desde ya, esta Sala anuncia que la aceptación de cargos contenida en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, es un instituto de justicia premial, que solo impacta el procedimiento penal militar especial de tendencia inquisitiva, contemplado en la Ley 522 de 1999 y adicionado por la Ley 1058 de 2006, y en ese sentido, allí intervienen los mismos despachos judiciales y los mismos sujetos procesales y que en nada interfieren los nuevos despachos judiciales o sujetos procesales de la estructura del sistema acusatorio, contemplado en la Ley 1407 de 2010.

Ahora bien, en el momento actual, la jurisdicción penal militar, desarrolla dos procedimientos, el ordinario y el especial dentro del modelo de tendencia inquisitiva Ley 522 de 1999, este modelo de procedimiento, se sigue desarrollando ante la falta de implementación del modelo procesal de tendencia acusatoria que estableció la Ley 1407 de 2010.

En ese orden de ideas, el procedimiento especial está reglamentado en la Ley 522 de 1999 artículos 578 y 579, que fueron adicionados por la Ley 1058 de 2006, este procedimiento especial, solo es aplicable para los delitos de desobediencia, abandono del puesto, abandono del servicio, abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, deserción, del centinela, violación de habitación

²⁶ Cuaderno original n.º 2, folio 126.

²⁷ Cuaderno original n.º 2, folios 221 a 238.

²⁸ “...las decisiones de segundo grado son, por regla general, inimpugnables, lo cual conlleva a entender que las notificaciones de las mismas surten apenas el efecto de publicidad y comunicación...”. CSJ – Penal, 27 de julio de 2011, Acción de Revisión. DR. F. CASTRO CABALLERO, Rad. 30823.

ajena, ataque al centinela, peculado por demora en entrega de armas, municiones y explosivos, abuso de autoridad especial, lesiones personales cuya incapacidad no supere los treinta (30) días sin secuelas, hurto simple cuya cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos mensuales legales, hurto de uso, daño en bien ajeno y abuso de confianza.

En términos generales, el procedimiento especial desarrolla una primera etapa de investigación a cargo de un Juez de Instrucción Penal Militar, luego una etapa intermedia de calificación a cargo de un Fiscal Penal Militar, y finalmente la etapa de juicio. Dentro de ese camino procesal se evidencia que en la etapa de investigación se desarrolla el acto de vinculación por vía de la diligencia de indagatoria, o por vía de la declaración de persona ausente.

Este procedimiento especial conserva los mismos sujetos procesales y los mismos despachos judiciales, sin embargo, fue objeto de una variación en su trámite por parte del artículo 97 de Ley 1765 de 2015, a partir de unas particularidades que ocurran dentro de la diligencia de indagatoria, como lo es aceptar de manera libre, voluntaria y espontánea los cargos que se le imputen en el acto de vinculación, si ello ocurriere, se procederá a levantar un acta que equivaldrá a una resolución de acusación y posterior a ello remitida al juez de conocimiento para culminar con la expedición de una sentencia, la cual solo podrá ser condenatoria si existe prueba que comprometa la responsabilidad del procesado en grado de certeza, pues recuérdese que es viable sentencia absolutoria, aun cuando preceda la figura de aceptación de cargos (CSJ Rad. 20647 26 ene/06)²⁹.

En otras palabras, el derecho procesal penal militar debe obedecer los criterios constitucionales plasmados en la Carta de 1991, es decir, que existen unos derechos irrenunciables como el debido proceso, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, necesidad de la prueba, carga de la prueba y prohibición de la prueba ilícita. Lo que genera el deber de los jueces que intervienen en la causa, de verificar el soporte probatorio en que se sustenta la aceptación de cargos en la etapa de instrucción conforme al artículo 97. Esta intervención del juez garantiza el respeto a los derechos mínimos enunciados y en especial, la preservación del principio de legalidad y la evitación que la aceptación o el allanamiento a cargos se convierta en un acto discrecional y político³⁰, sin control alguno.

Esta reseña, implica afirmar que el artículo 97 impacta el procedimiento especial regulado en el modelo inquisitivo de la Ley 522 de 1999 que fuera adicionado por la Ley 1058 de 2006 conocido como procedimiento especial. Entendidas así las cosas, el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, no impacta el modelo procesal de tendencia acusatoria, contenido en la Ley 1407 de 2010. Luego, resulta incorrecto señalar que la aplicación del mencionado artículo está supeditada a la implementación

29 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/Sala de Casación Penal. Rad. 20647. Magistrado Ponente: Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA. 26 ene. 2006, en relación con el fallo a emitir cuando el procesado ha aceptado los cargos, dijo: "*De manera que ante la necesidad de que el juez emita su fallo basado no solamente en la aceptación de los hechos por parte del procesado, sino también en las pruebas que desvirtúan su presunción de inocencia y lleven al convencimiento de su responsabilidad penal*".

30 Sobre el punto, ALEJANDRO SÁNCHEZ, Acuerdos y Allanamientos, Descubrimiento Probatorio Anticipado. Tesis Doctoral n.º 4 Universidad Externado de Colombia. 2016. pp. 334 y 335.

del procedimiento acusatorio y menos, supeditado a la creación de los despachos judiciales propios de ese sistema”. (Rad. 158438 del 29 de septiembre de 2016, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS).



22. NULIDAD POR INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 97 DE LA LEY 1765 DE 2015

No puede decretarse en el juicio, cuando en debida forma se han superado las etapas procesales precedentes

“Ahora bien, clarificado el punto de desacuerdo, necesario es establecer, si como lo planteó la apelante, la determinación de nulidad es injustificada y viola el Debido Proceso, al invalidarse la actuación surtida desde el auto de cierre de investigación, inclusive, para que, al cobijo del respeto por el principio de favorabilidad, se retrotraiga el proceso a la etapa instructiva con miras a que el procesado exprese en indagatoria si quiere o no aceptar los cargos y por esa vía se haga acreedor a la rebaja consagrada en la disposición ya referida.

Frente a este aspecto es imperioso precisar que cuando de favorabilidad se 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 aquellas 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”³¹.

Resulta fácil comprender que el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, de naturaleza procesal con contenido sustantivo, es una disposición que impacta el procedimiento especial contenido en la Ley 1058 de 2006, por tanto, el delito de deserción es de aquellos abarcados por ambas regulaciones normativas, de lo que se sigue que los presupuestos fácticos-procesales son similares o al menos no sufren alteración; no obstante, al darle cabida a aquel dispositivo en el estadio procesal en el que nos encontramos, implicaría desdibujar la naturaleza y filosofía querida con la regulación del procedimiento especial.

Recuérdese que la Ley 1058 de 2006, o llamada Ley de Choque, tuvo como fundamento la descongestión de los procesos penales militares impulsados frente a delitos de mayor ocurrencia y menor impacto, como es el caso del punible de deserción, introduciendo para ello criterios de justicia premial, por tanto, retrotraer la investigación a etapas ya superadas sería tanto como ir en contravía del propósito de descongestión buscado con la ley de procedimiento especial, amén que también afectaría principios de economía, celeridad, preclusividad de actos procesales y fundamentalmente pronta y cumplida justicia, al decidir someter al procesado a la incertidumbre en la definición de su situación, por virtud de determinaciones

irracionales, máxime cuando, como lo expresó el a quo, por su oficiosa iniciativa, lo que se busca es establecer si quizás el procesado quiere o no aceptar los cargos.

Por lo que se viene de expresar es nítido que no soporta un juicio racional, conforme al test de favorabilidad, la decisión de anulación decretada por el juez primario, lo cual conduce indefectiblemente a negar la invalidación por esta hipótesis”. **(Rad. 158484 del 12 de diciembre de 2016, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**



23. ATAQUE AL INFERIOR

Concepto de “Vías de hecho”

“(…) es una transgresión manifiesta, evidente y grosera de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Nacional y en las leyes, que para el caso castrense, es cuando el superior o inferior ha obrado de manera arbitraria e injusta, según su antojo, vulnerando los derechos básicos del otro militar...

(...) es una actuación violenta contraria al pilar fundamental de toda institución castrense como es la disciplina, pues es desatender el respeto para con su superior o inferior, como en el presente caso, contrariando por ende las disposiciones constitucionales y legales y en especial los principios éticos y profesionales del militar, que se concreta precisamente en respetar el bien jurídico tutelado por el Código Penal Militar, en la medida que si su deseo era restablecer la disciplina, debió utilizar otro tipo de mecanismos de orden legal y no con actos antitéticos a la propia disciplina que a la postre van a quebrantar la dignidad humana del subalterno. **(Rad. 157772 del 28 de enero de 2015, M.P. CR (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Cuarta Sala de Decisión).**



24. ATAQUE AL INFERIOR/SUPERIOR

No se configura entre soldados, infantes o auxiliares de policía

“También debe evocarse el artículo 216 Superior y la Ley 48 de 1993, que contempla que la prestación del servicio militar se cumple como soldado regular, bachiller o campesino, infante de marina o auxiliar de policía, quedando absolutamente claro que para efectos de destinatarios de la norma penal militar son entonces solo oficiales, suboficiales, soldados, infantes de marina, entendidos como militares en estricto sentido, y lo propio a más de auxiliares, en tratándose de Policía Nacional³². Ahora bien, la ley creó los soldados voluntarios o profesionales, componente que

32 Nuestro comentario corresponde a que son estos los militares y policías y en consecuencia los destinatarios de la norma penal militar, y no los guardianes del INPEC o los jóvenes que prestan servicio militar en esta Institución, conforme al Decreto 537 de 1994 y sus modificaciones, pues de acuerdo a los artículos 221 Constitucional y 1° y 20 de la Ley 1407 de 2010, lo son únicamente los miembros de la Fuerza Pública, condición que no se ostenta por homologación por vía de un decreto que en lo pertinente resulta inconstitucional.



como un todo integran y forman parte de la tropa, por lo que se ha de precisar al Juez de Instrucción, conforme a lo expuesto en precedencia, que ser “soldado” es una categoría o rango militar y no un grado militar, dado los alcances ya señalados de lo que implica “grado” en la organización militar y policial; pues como se ha indicado y de acuerdo al artículo 6° del Decreto 1790 de 2000, modificado por la Ley 1405 de 2010, la jerarquía se establece entre oficiales y suboficiales, lo que cobra sentido para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y Justicia Penal Militar, pero dentro de esta jerarquía no están los soldados.

En consecuencia, es imperioso precisar que para efectos del delito de ataque a inferiores o superiores, amenazas, cobra videncia la línea de mando descendente o ascendente, lo que implica hablar de categorías, pero no así de grado ni antigüedad, que solo se expresa entre oficiales y suboficiales. Con lo cual se quiere señalar que puede haber ataque al superior o inferior:

1. entre oficiales conforme grado y antigüedad
2. entre suboficiales conforme grado y antigüedad
3. entre oficiales y suboficiales
4. entre suboficiales y oficiales
5. entre oficiales y soldados
6. entre soldados y oficiales
7. entre suboficiales y soldados
8. entre soldados y suboficiales

Pero jamás entre soldados, infantes o auxiliares, pues, como se ha señalado, esta es una sola y en sí misma categoría, en su expresión teleológica y normativa no comporta niveles de decisión, de mando, sino ejecución; por lo que al ser soldado un rango o categoría, entre ellos no se predica grado, antigüedad o jerarquías.

Ahora bien, puede haber eventos donde el soldado profesional funge en algún servicio, como relevante por ejemplo, pero no por ello adquiere la calidad de superior para efectos del delito de ataque al inferior³³; olvida el Juez de Instrucción que la calidad de superior o inferior no se adquiere por razón de la función, el mérito, una labor, régimen interno o alguna coyuntura, sino que ella la declara la ley, conforme al artículo 222 de la Carta Política, los Decretos 1790 y 1791 de 2000 y demás normas complementarias.

33 Puede que otras hipótesis si, se cualifica la calidad del sujeto, como cuando quien funge de centinela, o con una tarea de control y es atacado, puede haber lesiones o ataque a servidor público.

(...) Tal y como hemos indicado entre soldados, infantes de marina o auxiliares de policía no se predica esa calidad de superior-inferior. En consecuencia, el injusto de ataque al inferior no se le puede endilgar al IM. P. GR". (Rad. 158406 del 11 de julio de 2016, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



25. ATAQUE INFERIOR

La calidad de "inferior" no se pierde por encontrarse el uniformado detenido. El suboficial control detenidos no actúa como autoridad administrativa

"Frente a estos argumentos la Sala debe precisar que, la condición de militar en servicio activo no se pierde por el mero hecho de la detención preventiva ordenada por un Juez, dado que el retiro o desvinculación del servicio solo procede mediante un acto administrativo, que para el caso de quienes prestan el servicio militar obligatorio, como se expresó en el numeral anterior, procede por desacuartelamiento conforme a las causales arriba relacionadas o por licenciamiento por haber cumplido con ese deber constitucional en forma satisfactoria, luego, como para el 26 de diciembre de 2012, fecha de ocurrencia de los hechos, no se había producido ninguno de esos dos actos, es decir, el SLR. MML no había sido desacuartelado ni licenciado, pues este último acto solo se produjo el 1° de enero de 2013, con efectos a partir del 31 de diciembre de 2012, debe inferirse de manera razonada que para la data en que se produjo el hecho imputado al T2. AANE, la víctima aún no había perdido su condición de militar en servicio activo.

Lo que nos muestran las probanzas allegadas al proceso es que para el 26 de diciembre de 2012, el SLR. MML se hallaba privado de la libertad en cumplimiento de una medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta por un Juez de Instrucción Penal Militar, por la presunta comisión del punible del centinela, decisión que no implica *per se* la pérdida de la condición de militar en servicio activo, por las razones ya expuestas, tampoco la suspensión de funciones o atribuciones, pues tal interdicción debe imponerse mediante acto administrativo y ello no se halla acreditado en el proceso, lo que sucede es que estando privado de la libertad no es posible que pueda cumplir ninguna actividad operativa, pero sí puede laborar en tareas administrativas, como sucede en el caso que nos ocupa, lo cual no implica cumplimiento de funciones operativas militares". (...).

"Efectivamente el soldado que presta el servicio militar obligatorio, forma parte de la base de la estructura militar, es decir, es el rango más bajo previsto dentro de la jerarquía militar, por esa razón, la conclusión a la que llega el a quo, se ajusta a lo demostrado en el proceso y se encuentra acorde a las reglas de la lógica y la ciencia, dado que se halla conforme a la estructura determinada en los reglamentos y demás normas que regulan la carrera militar.



Luego, si el soldado es el rango más bajo de la estructura militar y el suboficial es el rango intermedio, necesariamente se debe colegir que como el sujeto pasivo en este caso, ostenta la categoría de soldado, indefectiblemente es subalterno del procesado que funge como suboficial, no obstante, la claridad con la que el a quo maneja el escalafón de oficiales, suboficiales, así como la ubicación de los soldados en la jerarquía militar, de manera contradictoria asegura que a pesar de que el procesado actuó como militar en servicio activo y en relación con el servicio, y, el soldado ofendido se hallaba en servicio activo y no estaba suspendido en funciones, no puede considerarse como inferior en grado y categoría del aquí enjuiciado, porque estaba privado de la libertad y por esa razón el aquí enjuiciado actuó como autoridad administrativa penitenciaria.

En ese orden, las razones por las cuales el *a quo* estima que el soldado ofendido no es inferior en grado y categoría del suboficial enjuiciado, se reducen a que el MML se encontraba privado de la libertad, bajo una relación especial de sujeción y bajo ese entendido estima que el aquí enjuiciado actuó como autoridad administrativa penitenciaria, argumento que los apelantes y el Ministerio Público ad quem no comparten, pero además alegan que este aspecto ya había sido resuelto dentro del proceso por este Colegiado, como efectivamente se evidencia en auto del 28 de agosto de 2014, visible a folios 1207 a 1270 del cuaderno original siete, mediante el cual se revocó la nulidad de la resolución de acusación decretada por el Juez Primario, precisamente aduciendo error en la calificación con los mismos argumentos que hoy funda la absolución.

Finalmente en este punto, habrá de señalarse que los argumentos en los que el Juez Primario funda su decisión, para sostener inicialmente que el procesado actuó como militar en servicio activo y en relación con el servicio, para luego, concluir que actuó como autoridad administrativa penitenciaria, resultan diametralmente opuestos, pues como lo afirma el Fiscal apelante *“La tesis asumida por el Juzgado de Instancia resulta contradictoria, puesto que dentro de la sentencia señala que el procesado actuó en el marco de actos relacionados con el servicio y posteriormente manifiesta que lo hizo como autoridad penitenciaria”*³⁴, tesis que acuña igualmente la representante del Ministerio Público ante la primera instancia en su apelación. (...)

En punto a este aspecto, el Ministerio Público de Segundo Grado prohija integralmente los argumentos de los apelantes, pues estima que no es posible que dentro del mismo servicio, de un lado actúe como militar y de otro se desprenda de su condición militar y del grado, para actuar como un funcionario perteneciente a una institución penitenciaria, planteamientos que este Colegiado comparte, pues para actuar en condición de autoridad administrativa como lo afirma el a quo, se requería que hubiese sido destinado en comisión del servicio en el Instituto Penitenciario y Carcelario (Inpec), y ello no está acreditado dentro del proceso.

Al punto ha de recordarse que las situaciones administrativas de personal militar se hallan regladas en el Estatuto de Carrera del Personal de Oficiales y Suboficiales

de las Fuerzas Militares –Decreto 1790 de 2000–, modificado por las Leyes 1104 de 2006, 1279 de 2009 y 1405 de 2010, en el título III, capítulo III, artículos 82 y siguientes, regula las situaciones administrativas del personal militar, como destituciones, traslados, comisiones, licencias y encargos, en que se preceptúa que una comisión, *“Es el acto de autoridad competente por el cual se asigna a un oficial, suboficial o alumno de Escuela de Formación de Oficiales o Suboficiales con carácter transitorio a una unidad o repartición militar, o a una entidad oficial o privada, para cumplir misiones especiales del servicio”*.

Dentro del proceso no obra ningún acto administrativo de autoridad competente que haya asignado a ANNE en comisión del servicio a ninguna entidad oficial que cumpla funciones carcelaria, tampoco, a ningún establecimiento carcelario, por el contrario, lo que se halla acreditado es que para la data de los hechos se hallaba designado como suboficial de servicio de una guarnición militar, en su condición de Técnico Segundo de la Fuerza Aérea y dentro de las funciones asignadas se hallaba el control de la seguridad de los soldados detenidos en esa unidad militar y es en desarrollo de esa función militar que ejecuta los hechos que le imputó la Fiscalía Penal Militar.

En ese orden, la actuación del procesado se produjo como militar en ejercicio de la función de suboficial de servicio, no como autoridad administrativa penitenciaria como lo afirma el a quo, pues esa función era netamente militar, de orden administrativo, pues, como ya se dijo dentro del proceso no obra ningún acto administrativo que permita predicar que se hallaba en comisión para cumplir misiones de esa naturaleza.

Así las cosas, la Sala debe colegir que está probado en grado de certeza que MML actuó como suboficial de la Fuerza Aérea en cumplimiento de la función de suboficial de servicio y es en esa condición que incurrió en la extralimitación que materializó los supuestos fácticos imputados; por tanto, reúne los presupuestos requeridos para imputar la comisión del reato de ataque al inferior enrostrado por la Fiscalía Penal Militar, como lo sostienen los apelantes y el Ministerio Público ad quem. **(Rad. 157739 del 29 de enero de 2016, M.P. MY (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME. Segunda Sala de Decisión).**



26. ATAQUE SUPERIOR/INFERIOR

Puede presentarse bilateralidad típica o codelinuencia, sin que ello desnaturalice el comportamiento típico

“Desde ya ha de anunciar la Sala, tras agotar el estudio de lo obrante en el proceso a este momento, que el aspecto cardinal que concita la atención del Colegiado, y que pretende la disidente en el escrito contentivo del recurso, corresponde a la verificación del fenómeno de la bilateralidad típica o codelinuencia, del cual se propone la existencia necesaria y coetánea de injustos, donde el uno agrade a



otro pero concurriendo en ellos la conciencia, voluntad final de acción y verificación del grado o antigüedad, contextos que encuentran su punto de convergencia en el resquebrajamiento recíproco de la disciplina militar, pilar fundamental para la existencia de la Fuerza Militar” (...).

“La acción del suboficial no estuvo guiada desde su origen a dar una orden ilegítima, ni hacerlo de forma impropia, pues le llamó e informó que se levantara a recibir el turno, esto es, lo hizo de adecuada manera, pero ante la respuesta negativa del soldado F reacciona lanzándole agua de su cantimplora, lo que también se censura y, reiteramos, ha de ser investigado; pero ello por sí solo no desnaturaliza el comportamiento típico del soldado F, como equivocadamente lo refiere la impugnante, pues no se trata de una riña, lo que menos aún permite concebir, en este estadio procesal y conforme a la prueba recaudada, que no haya en su conducta un desvalor de resultado al afectar el bien jurídico de la disciplina; en consecuencia, la verificación del injusto de ataque al superior es manifiesta si se tiene en cuenta que concurre elementos de juicio, por lo menos a este momento, que dejan entrever que el soldado golpeó al suboficial, vale decir, el ataque se concreta en el tablazo propinado por aquel a este, expresión material de la vía de hecho. Obsérvese cómo el encartado relata que al no levantarse cuando lo llamó el cabo, este le arrojó agua en la cara que contenía en una cantimplora, sin que sea determinante para la estructuración del injusto este hecho, esto es, para sugerir una atipicidad o causal de ausencia de responsabilidad, por ahora, en cabeza del procesado”. **(Rad. 158420 del 31 de marzo de 2016 M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**



27. AUDIENCIA DE CORTE MARCIAL

Peticiones deben resolverse en el trámite de la diligencia. Las decisiones solo son susceptibles de recurso de reposición

“En el caso *sub júdice* la audiencia de corte marcial fue suspendida el día 22 de octubre de 2015 y sin que esta se hubiera reanudado el día 30 de octubre de 2015, se profiere un auto interlocutorio que resolvió una petición que se había invocado dentro de la audiencia. En otras palabras, se ha creado una actuación procesal al margen del principio de legalidad y las formas propias del juicio. Lo anterior implica señalar, que no es viable que el a quo cree etapas procesales a su arbitrio y estas sean objeto de un ritual procedimental como la doble instancia.

Conforme al principio de legalidad y a la garantía de las formas propias del juicio que ampara el debido proceso, el trámite adecuado es que si el juicio se desarrolla concentrado en audiencia de corte marcial, todas las actuaciones de juicio se deben desarrollar al interior de la mencionada audiencia y valga decirlo, todos los asuntos se han de resolver antes de cerrar la audiencia (Ley 522, 1999, art. 577) con un trámite de oralidad (Ley 522, 1999 art. 575) dejando constancia de lo actuado en un acta resumen (Ley 522, 1999, art. 574).

Adicional a lo anterior, no procede recurso de apelación frente a las decisiones que se adopten en audiencia, conforme a lo dispuesto en el Código Penal Militar (Ley 522, 1999, art. 360), “Procedencia: Salvo disposición en contrario el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia. En la audiencia no procederá en ningún caso el recurso de apelación. Las decisiones que en ella se adopten, solo son susceptibles del recurso de reposición”.

De manera que las decisiones adoptadas dentro de la etapa de juzgamiento, específicamente dentro de la audiencia, podrán ser objeto del derecho de contradicción, pero únicamente por vía del recurso de reposición y resuelto dentro de la misma audiencia, solo se podrá cerrar la audiencia de juzgamiento, cuando se hayan resuelto todas las actuaciones o peticiones (Ley 522, 1999, art. 577)³⁵.

Por estas breves reflexiones, es que no se comparte la hipótesis del a quo, en el sentido de que por el hecho de tratarse de una decisión que resuelve petición de nulidad, ella debe contar con el trámite de segunda instancia y por tal razón opta por emitir un interlocutorio por fuera de la audiencia de corte marcial (auto 30, octubre, 2015) para que ello sea viable. El ad quem, como se anotó en precedencia, no comparte dicho planteamiento pues el mandato del artículo 360 de la Ley Penal Militar es claro en que la apelación procede contra la sentencia y providencias interlocutorias, pero si la decisión se adopta dentro de audiencia, no procederá el recurso de apelación, con independencia del rito procesal ordinario o especial que se esté adelantando, se insiste, el derrotero lo fija el hecho de que la decisión se adopte dentro de la audiencia”. (Rad. 158407 del 10 de octubre de 2016, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS).



28. AUTO ORDENA PONER EN CONOCIMIENTO PRUEBA TRASLADADA

**Es de sustanciación y solo admite recurso de reposición.
Las pruebas documentales y testimoniales contenidas en ella,
no son susceptibles de objeción para su contradicción**

“Ahora bien por expreso mandato legal (Ley 522,1999, art. 340-2) la decisión que pone en conocimiento de las partes la prueba trasladada es un auto de sustanciación, y que el mecanismo previsto en la ley (Ley 522, 1999, art. 356) para su contradicción es el recurso de reposición únicamente.

En ese orden de ideas se ha de señalar que el 18 de noviembre de 2015 se adoptó la decisión del trámite de traslado de pruebas, frente al cual la defensa presenta oposición a las pruebas documentales y testimoniales y por ende su negación para hacer parte de la causa penal, ingeniosa pretensión pero extraña a las formas propias del juicio bajo el entendido de que la objeción en strictu sensu se predica

35 Art. 577 [Título X]. Código Penal Militar [Ley 522 de 1999] “DECISIONES FINALES. Al terminar sus labores la Corte Marcial, no debe quedar sin resolver ninguna situación”.

del traslado de la prueba pericial, extraña bajo el entendido de que la contradicción a las pruebas documentales y testimoniales en el caso sub iudice, no se hacen por vía de la objeción, sino que los sujetos procesales pueden acudir (CSJ, Rad. 14252, 2003) a las distintas prácticas de la dialéctica probatoria como la postulación, la aducción, la crítica y en el contradictorio de la prueba, y que dicho ejercicio desde la temporalidad no se reduce a un momento específico dentro de la actuación, sino durante todo el trámite procedimental. (...).

De otro lado la Juez 12 de Instrucción Penal Militar pasa inadvertido que el auto que ordena el trámite de traslado de pruebas tiene el carácter de sustanciación y que como tal la contradicción solo se ejerce a través del recurso de reposición. Consecuente con lo anterior no existe dentro del procedimiento penal el recurso de apelación frente a la controversia que se suscite por los autos de sustanciación como el que ordena el traslado de pruebas y en tal sentido no se activa la competencia de la segunda instancia”. (Rad. 158413 del 26 de octubre de 2016, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS).



29. AUTONOMÍA JUDICIAL

Apartarse del precedente vertical no puede ser de manera infundada y caprichosa

“Con miras a resolver el asunto es imperioso que recordemos que conforme a la doctrina constitucional, la autonomía de los jueces en lo que toca con la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, no es absoluta, pues encuentra varios límites, uno de los cuales tiene relación con el derecho de los asociados a no recibir un tratamiento disímil en la resolución de un conflicto, al que han recibido otras personas en casos semejantes; en otras palabras, a que se les dé un trato igualitario en el proceso hermenéutico y aplicativo de las normas, en la resolución del caso que someten a la justicia, frente al que se le ha dado a otras personas que han cometido casos semejantes. (...).

Son innegables pues los cambios sociales, políticos, económicos y culturales, como también la vertiginosa dinámica del derecho que llevan por contera al administrador de justicia a darle vida también a las normas jurídicas a las cuales se encuentran sometidos, en ese proceso de intelección del ordenamiento jurídico, para poder resolver con acierto los conflictos que deben conocer, de aquí entonces que sea posible que los jueces puedan apartarse en el ejercicio de su función del precedente vertical.

Sin embargo, hay que decirlo igualmente, no se trata de una decisión infundada y caprichosa que se pueda cobijar con el manto de la autonomía y la independencia, pues solo se comprenderá válida la separación del precedente jurisprudencial, se reitera, de cara al respeto por el derecho a la igualdad de los sujetos sometidos a la justicia, y por razón de la armonización de las normas superiores, “*si (i) en su*

providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues “solo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia” (requisito de transparencia); y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo (requisito de suficiencia). Satisfechos estos requisitos por parte del juez, en criterio de la Corte, se entiende protegido el derecho a la igualdad de trato ante las autoridades y garantizada la autonomía e independencia de los operadores judiciales”.³⁶. (Rad. 158022 del 20 de febrero de 2015, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de decisión).



30. CADENA DE CUSTODIA

Inobservancia afecta el valor probatorio, pero no su legalidad

“Es innegable que no se observaron las reglas y procedimientos de la cadena de custodia, tal como lo destacó el defensor protestante, sin embargo, esa sola situación no lleva la exclusión del medio de convicción como él lo intenta, pues tal yerro no hace *per se*, incluir al medio probatorio en catálogos de ilegal o ilícito, tal como en este sentido así lo ha entendido la reciente jurisprudencia penal que ha sido replicada por decisiones de esta corporación castrense, veamos: (...).

Como se aprecia, el desconocimiento de la cadena de custodia se vincula con el valor suasorio de ese medio de convicción, de cara a su autenticidad, que puede ser verificada, entre otras, con dicho mecanismo, esto es, el de cadena de custodia, sin que con esto se diga que es la única forma, no, es solo una de tantas; de tal manera que las fotografías tienen valor probatorio y pueden ser estimadas”. (Rad. 158245 del 17 de julio de 2015, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



31. CAMBIO DE RADICACIÓN

Afectación en el orden público no es requisito suficiente para que se produzca. Carga procesal de quien lo invoca

“Comoquiera que el señor Doctor AFLP -Defensor del Sumariado- invoca la “Grave afectación al orden público” como causal de procedencia de la solicitud de cambio de radicación, es de precisar, que en términos generales el solo reconocimiento de afectación del orden público en la región no implica por se la afectación

36 Corte Constitucional, óp. cit.

al diligenciamiento procesal, pues se hace indispensable demostrar su razón vinculante y por ende su impacto directo y concreto de esa situación irregular de Orden público en el trámite procesal...”(...).

De acuerdo a lo sentado en precedencia, tenemos entonces que le asiste una carga insoslayable al peticionario como lo es de un lado, demostrar de manera clara y evidente la circunstancia o causa en que se funda su solicitud de cambio de radicación, y de otra parte, cuando la causal invocada lo sea “Que existan circunstancias que puedan afectar el orden público”, el probar la razón vinculante y su impacto directo y concreto de esa situación irregular en el trámite procesal, como ya se dijo.

En el caso *sub examine* se vale el Procurador de la Defensa en hacer señalamientos y manifestaciones sobre la crítica situación de orden público que agobia al departamento de Putumayo y las alteraciones del mismo, lo que en su decir, impide el sano desarrollo del Derecho de Locomoción, generando esta situación de temor en los miembros de la Fuerza Pública, por su exposición en un estado de indefensión de cara al enemigo, y por ende, la de su prohijado al verse abocado a comparecer a la causa penal que hoy nos ocupa. (...).

Por lo tanto, el mero desarrollo de operaciones militares para el restablecimiento del orden público, no constituyen en esencia la finalidad y procedencia que exige la norma para decretar el cambio de radicación, como medida excepcional en la presente investigación penal militar, y menos aun cuando no se ha probado la razón vinculante y su impacto directo y concreto de esa situación irregular de orden público que se deprecia en el trámite procesal en referencia, máxime cuando tampoco ha sido sustentada ni demostrada la existencia de circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, así como la seguridad o integridad personal de los solicitantes. (**Rad. 158322 del 30 de septiembre de 2015, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE**).



32. CAMBIO DE RADICACIÓN

No opera por imposibilidad del procesado de asistir al despacho

“De la reseña acabada de plasmar se extrae entonces, entre otras, que el cambio de radicación es una medida extrema, con la cual se busca que el ambiente para la investigación y el juzgamiento, es decir, para la impartición de justicia, sea el más adecuado; de suerte que una comprobación cierta de un ambiente insano conduce a reconocer la necesidad de aceptar el cambio de radicación.

Al aterrizar los anteriores conceptos al caso concreto encontramos que el argumento presentado por el peticionario no permite vislumbrar que el lugar donde está la sede del despacho en el que se tramita la investigación, esté rodeado de circunstancias que le impidan al juez impartir una recta, eficiente y cumplida justicia, como para decidir aplicar el remedio extremo del cambio de radicación.

La sola circunstancia de la imposibilidad de que el procesado no pueda asistir al despacho no es argumento por sí mismo suficiente para creer que no se va a cumplir con los propósitos de la justicia, o que haya un ambiente impropio que obstaculice dichas expectativas, como para aplicar la excepción a la regla general de competencia determinada por el factor territorial.

Téngase presente que la jurisprudencia enseña que esta medida extrema opera siempre y cuando no existan otros mecanismos jurídicos alternativos que ayuden a superar las causas que puedan generar esa afectación extraña al proceso; pero en este asunto, la efectividad de la garantía al derecho de defensa es superable, a través de los instrumentos procesales que la Ley prevé, tales como los despachos comisorios, o por medio de los mecanismos electrónicos, entre otros”. (Rad. 158249 del 3 de julio de 2015, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



33. CAUSAL DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD

Estricto cumplimiento de un deber legal

Sobre el alcance de esta eximente de responsabilidad debe tenerse en cuenta que cuando nos encontramos ante el cumplimiento de deberes legales su solución no está en el ámbito de la justificación sino en el de la atipicidad porque: “(...) *todo conflicto de deberes presupone la imposibilidad de su cumplimiento simultáneo, lo cual afecta inmediatamente al ordenamiento jurídico, toda vez que tal colisión normativa es insostenible para un derecho que se configura como una ordenación racional de la vida*”³⁷. Como sería el caso de colisión entre las causales del cumplimiento del deber legal, la de cumplimiento de orden legítima de autoridad competente o el legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público³⁸.

Por lo tanto resulta contradictorio que el apelante postule el reconocimiento de la causal anotada en sede de antijuridicidad, ya que como se dijo anteriormente frente al caso de las eximentes del artículo 33 numerales 3, 4 y 5 de la Ley 1407 de 2010, su solución debe darse en sede de tipicidad y no de antijuridicidad, “*Comoquiera que la realización de dichas funciones se impone con la fuerza superior de un deber jurídico, en estricto rigor, la causal analizada, si tiene algún sentido válido y rescatable, quedaría comprendida en la primera causal que reza: “El hecho se justifica cuando se comete: (1) En estricto cumplimiento de un deber legal”. En realidad, el legítimo ejercicio de un cargo no puede ser distinto del “estricto cumplimiento de un deber legal”. Si a lo anterior se agrega que el legítimo ejercicio de un cargo no entraña*

37 Mangakis Citado por Cuerda Riezu, Antonio. *La colisión de deberes en derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 78.

38 ZAFFARONI indica en este sentido que el cumplimiento de un deber jurídico, como término genérico, debe descomponerse en las especies: “a) cumplimiento de un deber; b) ejercicio de un derecho y c) ejercicio legítimo de una autoridad o cargo”. A su vez destaca la “consideración del deber jurídico como causa de atipicidad, en razón de que siempre hay una norma prohibitiva que prevalece y que nada tienen que ver los preceptos permisivos o de justificación, lleva a considerar todos estos supuestos como casos de atipicidad, por estar directamente excluidos de la norma prohibitiva”. Zaffaroni Eugenio, Raúl; Alagia, Alejandro Y Slokar, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 473 y 474.



*ningún asomo de antijuridicidad –y, por lo tanto, no ha menester de justificación, en cuanto que no es acto típico– (...)*³⁹.

Distinto ocurre cuando se actúa en un estado de necesidad por colisión de deberes, que consideramos fue lo pretendido por el defensor con su recurso de apelación, porque plantea que si bien el soldado NMDA realizó el tipo objetivo y subjetivo de desertión, lo realizó ante la necesidad de cumplir con un deber legal y moral que tenía con su compañera y futuro hijo, cuestión esta que la Justicia Penal Militar debe resolver en el ámbito de la antijuridicidad y no de tipicidad como bien lo indica la doctrina y la jurisprudencia:

*“(...) la colisión de deberes jurídicos es una de las hipótesis de estado de necesidad; ella ocurre cuando el obligado por un deber jurídico solo puede cumplirlo dejando de cumplir otro deber que le es impuesto por el ordenamiento. En la colisión de deberes se presentan dos o más deberes concurrentes impuestos por la ley no siendo posible su simultáneo cumplimiento, por lo tanto para cumplir uno debe sacrificarse el otro (...)”*⁴⁰.

En igual sentido la Corporación Penal Militar en reciente pronunciamiento sostuvo:

*“Frente al aludido estado de necesidad por colisión de deberes, debe recordarse que se trata de un efectivo conflicto entre dos bienes jurídicamente tutelados en los que se advierte una situación de peligro actual o inminente no creada por el necesitado, en donde se sacrifica el bien inferior para salvaguardar el interés jurídico más valioso, siempre que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal que se trata de impedir”*⁴¹. (Rad. 158418 del 24 de junio de 2016, M.P. CR. (RA). PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Cuarta Sala de Decisión).



34. CONCURRENCIA DE JUECES

En los códigos penales militares anteriores a la Ley 1407/10 no estaba contemplada esta figura jurídica, omisión que fue suplida jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia

“La razón tiene su asidero como lo había expuesto la Corporación en la providencia aludida anteriormente, cuando nos remontamos al anterior Código Penal Militar Decreto Ley 2550 de 1988 reglamentado por el Decreto 1562 del 16 de julio 1990 donde en su artículo 23 numeral 8 se establece la figura jurídica de la concurrencia de jueces en razón a los factores en que estriba la competencia en la Jurisdicción Penal Militar, atribuyendo la designación del juez en cabeza del Comandante General de las Fuerzas Militares, temática que se trataba desde el Decreto 0250 de 1958 en su artículo 317.

39 Corte Constitucional, sentencia C-358 de agosto 5 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

40 Gómez López, Jesús Orlando, Teoría del Delito, edición 2003, pág. 635.

41 TSM, M.P. Camilo Andrés Suárez Aldana. Radicado 157846 del 21 de abril de 2014.

De igual manera la misma jurisprudencia trató en su momento el tema de la concurrencia y lo ha seguido mencionado en sus decisiones. La honorable Corte Suprema de Justicia en su oportunidad señaló que es cierto que el Código Penal Militar –Decreto 2550/88 no contenía norma legal que resolviera los problemas surgidos por concurrencia de jueces en un mismo asunto, vacío que con posterioridad a la resolución de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra– fue llenado por el Decreto Reglamentario 1562 de julio 16 de 1990, artículo 23 numeral 8 que determinaba que el Comando General de las Fuerzas Militares tendría la atribución de designar Juez único cuando se presente concurrencia de jueces de conocimiento en razón de los factores en que estriba la competencia en la Justicia Penal Militar.

Al no quedar incluido este tema dentro de la Ley Penal Militar, fue la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la que fijó los parámetros en este sentido, estableciendo entre otros aspectos que si se trata de participación en un mismo hecho realizado por diversas personas pertenecientes a distintas fuerzas y de la Policía Nacional, o de diferentes grados, en aras de preservar la conexidad procesal y su unidad, el competente debe ser el juez que tenga la competencia para juzgar al sindicado de mayor jerarquía. Así también quien hoy actúa como ponente, lo argumentó en decisión de la Sala Tercera.

Importante resaltar que el nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, tuvo en cuenta esta omisión legislativa que era suplida por la jurisprudencia y que incluyó en su artículo 220...” (Rad. 158339 del 30 de octubre de 2015, M.P. CN (RA). CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión (anterior).



35. CONCURSO APARENTE

Entre los delitos de fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos y hurto de armas

(...) Entendido lo anterior, encuentra la Sala, como lo advirtiera la recurrente y posteriormente la Procuraduría delegada ante esta Corporación, que el tipo penal de hurto de armas y bienes de defensa contiene como verbo rector el “apoderarse” de armas, municiones o explosivos. Concepto que involucra como definición el hacerse dueño de una cosa de manera violenta o ilegítima. Bajo ese entendido, portar o conservar sin el permiso de autoridad competente un arma de fuego, munición o explosivo hace parte de la conducta dirigida a apropiarse del elemento bélico. (...).

Téngase en cuenta, que las conductas punibles se encuentran descritas en el Título V de la Parte Especial del Código Penal Militar, dirigidas a proteger como bien jurídico la seguridad de la Fuerza Pública, que si bien definen comportamientos punibles distintos, el tipo penal de hurto de armas y bienes de defensa absorbe en su descripción típica el desvalor del punible de fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos, particularmente en lo que tiene que

ver con el porte de dichos elementos, que fuera la conducta imputada al procesado, excluyéndolo de su función punitiva, en aplicación del principio de consunción.

De la misma forma, dado que las dos conductas punibles protegen el mismo bien jurídico, seguridad de la Fuerza Pública, introduciendo diferentes formas de lesión, reportando tanto aspectos comunes como excluyentes resulta improcedente aplicar de forma simultánea los supuestos de hecho de concurso efectivo, en razón particularmente a que el verbo apoderarse involucra la tenencia, la posesión y la conservación del elemento bélico, conforme el principio de alternatividad propia. Situación que de producirse vulneraría el principio del non bis in ídem, que prohíbe que por un mismo hecho el agente resulte sancionado más de una vez.

Bajo ese entendido, encuentra el colegiado que el instructor imputó inadecuadamente la comisión de un concurso de delitos que no podía producirse como acaba de explicarse, lo que necesariamente conduce a precisar que el delito sobre el cual gira la imputación fáctica corresponde al de hurto de armas y bienes de defensa consagrado en el artículo 154A del Código Penal Militar; en la medida en que este tipo penal contiene en su descripción típica los aspectos imputados al procesado respecto del delito señalado en el artículo 133 íbidem. Conclusión que permite identificar y solucionar el concurso aparente de delitos que se presenta en el *sub judice*. (Rad. 158482 del 14 de julio de 2016, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tercera Sala de Decisión).



36. CONSTANCIAS SECRETARIALES

No corresponden a un acto procesal y no tienen carácter vinculante. Su finalidad es informativa. Los términos de ejecutoria no dependen de ellas

“Coherente con las anteriores premisas, en gracia de discusión, de obrar dentro del proceso la constancia a la que se refiere la señora Juez, debe recordarse que las constancias secretariales en general y en especial las referidas a los términos procesales, no son un acto procesal y no tienen carácter vinculante, pues la finalidad que cumplen es simplemente de carácter informativo, en manera alguna tienen la virtualidad de modificar los términos previstos en la ley o producir consecuencias jurídicas en favor o en contra de los sujetos procesales, en esa medida, técnicamente la nulidad fue decretada a una actuación que no tiene la condición de acto procesal”. (...).

“En suma los términos de ejecutoria de una providencia deben contarse “a partir de la última notificación”⁴², es decir, la ejecutoria no depende de la constancia que suscriba el secretario del juzgado como funcionario encargado de controlar los términos, sino del tiempo transcurrido a partir del último acto procesal de notificación realizado a las partes, que para el caso sería la realizada por estado fijado el

2 de mayo de 2014 y desfijado el 5 del mismo mes y año". (Rad. 158019 del 29 de marzo de 2016, M.P. MY (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).



37. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES

El principio de confianza

(...) El principio de confianza se estructura o fundamenta en el principio de autorresponsabilidad, es decir, que en aquellos eventos en que exista una división de trabajo las personas orientan su conducta partiendo de que los demás cumplirán con las expectativas que surgen de su rol, siendo el sujeto únicamente responsable por aquello que está dentro de su ámbito de competencia y no respecto de lo que concierne al otro, de quien se espera un comportamiento acorde a su propio ámbito de competencia⁴³, obviamente ello bajo el entendido de que aquel también cumple con lo que le impone el rol que le incumbe.

Si bien, se esperaba que el IT. ESSM cumpliera adecuadamente con las responsabilidades que como supervisor del contrato se habían impuesto reglamentariamente, la omisión en el desempeño de dichas funciones de ninguna manera relevaba al Comandante del Departamento de Policía de Sucre de la responsabilidad y manejo de la actividad contractual. El rol que desarrollaba el oficial superior como delegado contractual, le imponía, entre otras, el compromiso de verificar directa y personalmente el cumplimiento del contrato antes de liquidarlo declarando a la administración a paz y salvo por todo concepto, puesto que por expresa disposición legal⁴⁴ debía verificar la ejecución del objeto contratado, sin que pudiera delegar dicha responsabilidad en otros órganos o funcionarios, como ya se anunció, que si bien le prestaron apoyo en el trámite y seguimiento contractual no liberaban al ordenador del gasto de la función de declarar liquidado el contrato administrativo. (...).

Lo anterior autoriza concluir, que el principio de confianza al que alude el recurrente, no operaba en el *sub judice*, puesto que la función de verificar el cumplimiento del contrato para suscribir el acto liquidatorio hacía parte del rol que desarrollaba el entonces Coronel ODJPO, como ordenador del gasto, labor que no podía delegar en funcionario subalterno, en la medida en que en virtud del principio de responsabilidad tenía la dirección del proceso contractual, menos aun cuando había recibido el reporte de faltantes de obra por parte del propio supervisor del contrato luego de haber suscrito el acta de entrega final y antes de la suscripción del acta de liquidación, novedad que debió llamarle la atención al Oficial, en la medida en que el contrato se había pagado en su totalidad antes de que fueran reportadas,

43 Gustavo Adolfo Villanueva Garrido, La Imputación Objetiva en la Doctrina y la Jurisprudencia Nacional, Ediciones Nueva Jurídica, 2010, pág. 70.

44 Art. 26 de la Ley 80 de 1993.



pese a lo cual gestión alguna emprendiera el Comandante del XXX para subsanarlas...” (Rad. 158340 del 29 de abril de 2016 M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tercera Sala de Decisión).



38. DAÑO INFORMÁTICO

Afecta la integridad de los datos y sistemas informáticos, en su carácter completo e inalterable

(...) como lo estableciera el a quo, el delito de daño informático tiene como propósito tanto la integridad de los datos como del sistema de información, puesto que se *“procura sancionar de una parte, la conducta de dañar, borrar, deteriorar, alterar o suprimir dolosamente y sin autorización los datos informáticos, y de otra, la obstaculización grave, cometida de forma dolosa y sin autorización, del funcionamiento de un sistema informático, mediante la introducción, trasmisión, daño, borrado deterioro o supresión de datos informáticos”*^{45/46}.

Conceptos que fueron definidos por la convención sobre ciberdelincuencia del año 2001, en donde se estableció que el dato informático hace relación a toda representación de hechos, información o conceptos expresados de cualquier forma que se preste al tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para que un sistema ejecute una función; así mismo, entendió por sistema informático todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, cuya función, o la de alguno de sus elementos, sea el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa⁴⁷.

El Sistema para la Administración del Talento Humano de la Policía Nacional, SIATH, corresponde a una herramienta de sistematización a través de la cual se actualiza, controla y administra la información del recurso humano en la institución policial, mediante el registro de datos relacionados con la liquidación de nómina, el reconocimiento de primas, los retiros, el proceso de identificación policial, vacaciones, beneficios de salud, entre otros. Sistema que es alimentado permanentemente por funcionarios de las oficinas de talento humano autorizados para el efecto, conforme los actos administrativos expedidos para dicho fin.

En este orden de ideas, al borrar el dato informático registrado el 6 de octubre de 2006 dentro del SIATH, que daba cuenta del disfrute de 30 días de vacaciones por parte del PT. JDLT logró alterar el sistema informático para que arrojara un dato inexacto que determinaba que el policial acumulaba treinta días de vacaciones adicionales a las que en realidad tenía derecho; situación que no implicó la modificación de un documento introducido dentro del sistema, como lo aprecia la procuradora,

45 CANO Jeimy José. El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia. Editorial Uniandes, Bogotá, D. C., 2010.

46 Cuaderno original 4, folio 645.

47 Convenio sobre la Ciberdelincuencia, Budapest 23-11-2001, Capítulo I, Artículo 1, literales a y b.

sino la variación de un dato numérico que al borrarse alteró la información que debía arrojar el SIATH (...)

La Sala considera que la información registrada dentro del SIATH para la administración del personal policial, no corresponde en su esencia a un documento como lo pretende hacer ver la Procuraduría, puesto que el sistema contiene diferentes datos que mediante la aplicación de variables determina información actualizada de aspectos relacionados con la administración del talento humano como: nómina, primas, retiros, identificación policial, vacaciones, beneficios de salud, entre otros. En dicha virtud, su indebida modificación no crea una situación jurídica particular y concreta, sino que afecta los datos informáticos que debe arrojar el sistema.

Ello determina que la alteración o supresión de la información registrada dentro del SIATH no afecte la fe pública sino la integridad de los datos y sistemas informáticos, en su carácter completo e inalterable; objeto jurídico que protege el legislador al crear, mediante la Ley 1273 de 2009, un nuevo bien jurídico tutelado dentro del Código Penal, denominado *“de la protección de la información y de los datos”*, a fin de preservar los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, dados los avances que en este campo se vienen sucediendo con extremada agilidad en el mundo moderno.

Explican los informes de ponencia para primer y segundo debate en Cámara que, se escogió el sistema legislativo consistente en confeccionar un título adicional para ser incluido en el texto del estatuto punitivo porque si bien, era más técnica la expedición de una ley especial, ella podría perderse *“dentro de todo el entramado del ordenamiento jurídico, sin merecer la atención requerida por parte de estudiosos y administradores de justicia, quienes, pretextando dificultades técnicas, falta de preparación, etc., prefieren dejar en el olvido este tipo de normatividades que terminan por no ser aplicadas o, si lo son, de una manera deficiente”*, quitándole fuerza y coherencia a la materia, amén de dificultar en extremo la precisión del bien jurídico que se debe proteger en estos casos, esto es, la protección de la información y de los datos. (...)

Por otra parte, pese a que, como lo reclama la procuradora, podrían darse elementos que permiten pensar inicialmente que la conducta puede enmarcarse objetivamente en el tipo penal de falsedad, en aplicación del principio de consunción, resulta claro que el tipo penal de daño informático absorbe en sí el desvalor del delito de falsedad, dado que contiene una mayor riqueza descriptiva amplia y compleja que permite adecuar típicamente en forma completa la conducta desarrollada por el enjuiciado. **(Rad. 158452 del 21 de noviembre de 2016. M.P. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tercera Sala de Decisión).**

39. DECISIONES MIXTAS

No mutan su naturaleza porque estén contenidas en un mismo acto procesal

“De acuerdo a todo lo expuesto, para la Tercera Sala de Decisión es claro que en la providencia recurrida el juez a quo tomó dos decisiones: i) la definición de situación jurídica para el SV. RDD y CS. ACC por los delitos endilgados, así como, ii) la cesación de procedimiento por extinción de la acción penal en razón a la muerte del suboficial DBM, esto es, que la primera decisión desde la perspectiva del artículo 362 de la codificación en comento tiene la categoría de auto interlocutorio y por ende el recurso de alzada podría haber sido interpuesto dentro de los tres (3) días siguientes a la última notificación, en tanto que para la segunda decisión, cesación de procedimiento, operaba el recurso de la misma forma, solo que el término para ello se ampliaba a cinco (5) días.

Lastimosamente los operadores judiciales no tienen en cuenta situaciones como las analizadas al momento de decidir y *so pretexto* del principio de economía procesal en una misma providencia resuelven asuntos que pueden tener tratamientos distintos habida cuenta de su especial naturaleza y de los efectos jurídicos que irradian al interior del proceso penal. No por ello cada decisión tomada dentro de un mismo cuerpo pierde su identidad, pues una apreciación en tal sentido contrariaría principios constitucionales como el de igualdad y el debido proceso, en tanto que dependiendo de qué acto procesal se utiliza para solucionar un debate operarían distintos recursos o términos”. (...).

“La providencia queda ejecutoriada cuando se haya decidido la alzada interpuesta contra una o varias de las decisiones en ella inmersas; sin embargo, la interposición de los recursos y su oportunidad pende de la naturaleza de la decisión a recurrir o recurrida, independientemente, se insiste, que las contenga un mismo acto procesal. Por consiguiente, en punto del caso que ocupa la atención de esta sala, tenemos que la providencia fue dictada el 24 de junio de 2015⁴⁸ y todos los sujetos procesales se notificaron de manera personal al día siguiente⁴⁹, por lo tanto el término para interponer el recurso de apelación en cuanto a la definición de situación jurídica vencía el 1° de julio de la presente anualidad (3 días), mientras que para impugnar la cesación de procedimiento fenecía el 3 de julio de 2015 (5 días), lo que conlleva establecer que el recurso de apelación interpuesto el 3 de julio del año que avanza⁵⁰ por el defensor del SV. RDD y del CS. ACC contra la definición de situación jurídica fue extemporáneo y por lo tanto se rechazará.

A tal decisión se llega, por cuanto, se itera, el dejar al libre arbitrio de los sujetos procesales el señalamiento de las distintas oportunidades para recurrir, afectaría gravemente el debido proceso, la igualdad de las partes, la economía procesal y en especial tornaría de difícil el principio de contradicción, y de otro lado, porque es importante limitar en el tiempo la realización de los actos procesales que le interesan

48 Ver folio 1497 C.C.08 al 1735 del C.C.09.

49 Notificaciones visibles a folio 1742 ídem.

50 Visto a folio 1764 y ss., ídem.

a las partes o le corresponden al juez, las cuales tienen como propósito velar por la salvaguarda del principio de la seguridad jurídica, resultando justo señalar que un término procesal indudablemente otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución de un asunto sometido a su consideración y por ello, permite consolidar situaciones jurídicas en beneficio de las personas que acuden a la jurisdicción”. (Rad. 158269 del 27 de julio de 2015, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. Tercera Sala de Decisión).



40. DECLARATORIA DE INIMPUTABILIDAD

Es una atribución judicial

“En segundo lugar, que conforme a la jurisprudencia⁵¹, la declaratoria de inimputabilidad es una atribución del servidor de la justicia, que se tomará con base en el dictamen médico rendido por el especialista, que por sí mismo no lleva a la conclusión de un tal estado, pues a más de ser objeto de apreciación y valoración racional en punto de su firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, entre otros, tal como está previsto en el canon 426 del C.P.M., deberá ser contrastado con la valoración que del comportamiento del procesado se realice a partir de los restantes medios de convicción. (...)

No puede desconocerse el poder suasorio que tiene la pericia psiquiátrica practicada al sumariado, dado el procedimiento técnico empleado y la forma como se abordó el análisis comportamental del acriminado y sus funciones psíquicas y psicológicas, pero como atrás se dijo esta pesquisa por sí misma no permite determinar la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto pasivo de la acción penal, pues es necesario contrastarla con los otros elementos de convicción que militan en la foliatura para arribar a una conclusión de esa naturaleza”. (Rad. 158060 del 25 de marzo de 2015, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



41. DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE

No es obligatorio notificarla al indiciado

“El artículo 340 de la Ley 522 de 1999 prevé las providencias que deben notificarse, entre ellas, las sentencias, autos de cesación de procedimiento y autos interlocutorios, además de un listado adicional de autos de sustanciación y subsiguientemente se establecen las formas de notificación y los eventos en que se ha de efectuar de manera personal, por edicto, estado, conducta concluyente y estrado. En ninguna de estas hipótesis se instituye que la declaratoria de persona ausente se ha de notificar personalmente al procesado, y haberlo dispuesto sería

51 Corte Constitucional – Sentencia C-176 de 1993, M.P. DR. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y Corte Suprema de Justicia, radicado 39559 del 6 de marzo de 2013, M.P. DR. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.



un contrasentido, pues este mecanismo se emplea precisamente cuando el procesado se sustrae al llamado de la justicia, es decir, se oculta, se mantiene contumaz. Por lo que discrepamos cuando se sugiere que se trata de un problema de vacío u omisión legislativa, pues se está es frente a la voluntad y expresión del principio de libertad de configuración legislativa”. (**Rad. 158283 del 27 de octubre de 2015, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA. Cuarta Sala de Decisión**).



42. DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE

Carga que le corresponde a la administración de justicia respecto a la ubicación física del sindicado

“En criterio de esta Sala de Decisión, se adelantó el cumplimiento de la carga que le correspondía a la Administración de Justicia respecto a la ubicación física del sindicado, tal cual como lo ha considerado nuestra honorable Corte Constitucional *“como un requisito previo, e incluso verificable, para la validez del proceso en ausencia del procesado”*⁵², ya que el cumplimiento de este mandamiento fue confirmado y constatado probatoriamente, es decir, con los medios de convicción que obran en el expediente, y que dan cuenta que se agotaron todos los medios a disposición para hacer comparecer al sindicado al proceso.

Tenemos entonces que para la observancia de este mandato, el diligenciamiento no solo se ajustó a la información que consignó el investigado en los diferentes documentos que suscribió para incorporarse al Servicio Militar Obligatorio, sino que además recurrió a los avisos radiales, a las llamadas a celulares, solicitud de la tarjeta decadactilar –para ser citado en la dirección consignada por el investigado en la misma– y a la orden de captura, traspasando la instrucción, incluso el límite temporal del término de 30 días que le fue impuesto por el legislador para perfeccionar la investigación y oír en indagatoria al procesado, todo ello con la única finalidad de cumplir el precepto de agotar todos los medios disponibles jurídicamente para localizar al investigado, resultando imposible para la autoridad hacerlo comparecer.

Por lo tanto, en el presente caso se procuró la comparecencia del ausente al proceso, conforme a los lineamientos que ha aquilatado el precedente jurisprudencial de la honorable Corte Constitucional, desarrollando el concepto de *“cuándo se entiende que el aparato judicial ha agotado los medios para hacer comparecer al inculpatado al proceso”*⁵³, y que con beneplácito acoge esta Sala de Decisión al afirmar: (...).

Además de lo decantado en precedencia, en el caso *sub examine* surge la posibilidad de que el sindicado no desee comparecer al proceso, como se puede deducir e inferir de lo consignado por la Fiscalía Cuarta Local del municipio de San José de Tadó (departamento de Chocó) al informar al Juzgado Instructor con oficio

52 Sentencia T-1110/05 Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

53 Honorable Corte Constitucional, Sentencia T-852/07, Magistrado Ponente: Dr. NILSON PINILLA PINILLA, pág. 12.

adiado el 11 de junio de 2015⁵⁴, “que en esta fiscalía se encuentran tres investigaciones, una de ellas con *ORDEN DE CAPTURA* a nombre del señor EFA las cuales a continuación relaciono” referenciando las mismas con su correspondiente radicación del sistema SPOA y curiosamente como delito por el que se procede en cada una de ellas el Hurto Calificado. (...).

Por tanto, la Declaración de Persona Ausente es una medida con que cuenta la Administración de Justicia para cumplir en forma permanente y eficaz la función que el constituyente le ha asignado, al estar comprometida en ella el interés general que no puede postergarse so pretexto de que el procesado no ha comparecido al llamado de la justicia y esperar a que este voluntariamente se presente, o en el peor de los casos permitir que se prescriba el ejercicio de la acción penal, máxime en un delito como el que nos ocupa en esta ocasión como lo es el de Deserción, cuyo límite de prescripción de la acción penal es de dos (2) años, como bien lo ha decantado el precedente jurisprudencial de la honorable Corte Suprema de Justicia”. **(Rad. 158415 del 30 de junio de 2016, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE).**



43. DEFINICIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA

Genera nulidad soportar la decisión en una inadecuada valoración probatoria

“(...) los comportamientos punibles atribuidos al encartado lo han de ser de manera motivada, esto es, con fundamento en un análisis jurídico racional, signado por la observación de las reglas de la sana crítica, de la totalidad de los medios de convicción que integren hasta ese momento el acervo de certeza, ello de acuerdo con el postulado de necesidad de la prueba del artículo 395 ejusdem y en orden a determinar la existencia o no del grado de inferencia razonable que exige el arto 522 del mismo códex como presupuesto para imponer una medida de aseguramiento, obviamente todo ello, se insiste, frente a los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que integran la trilogía inescindible en que se edifica la responsabilidad penal.

Es por ello que decisiones construidas i) sin motivación alguna; ii) con motivaciones confusas, ambiguas, contradictorias o excluyentes entre sí total o parcialmente; iii) con insuficiencias probatorias determinadas por la falta de decreto y práctica de pruebas conducentes al caso debatido o por su errada interpretación o por la inexistencia de valoración probatoria en tanto se dejaron de valorar pruebas legalmente incorporadas a la actuación; iv) con motivaciones soportadas en pruebas inexistentes, ilegales o ilícitas; v) con motivaciones generales que no corresponden a la adecuada valoración de las pruebas allegadas; vi) con motivaciones que se apartan abiertamente de la verdad probada, por suposición, supresión o tergiversación del contenido de pruebas que objetivamente conducen a una conclusión jurídica diversa; o vii) con motivaciones soportadas en una norma jurídica inexistente,



derogada, declarada inexecutable o vigente pero inconstitucional frente al caso concreto, imposibilitan la seguridad jurídica del procesado y de lo realmente imputado, resultando susceptibles de invalidación en tanto enervan la aproximación a la verdad y no son expresión de una verdadera justicia material, constituyéndose de contera en atentatorias del debido proceso. (...).

Es por ello que las providencias judiciales, en general, no pueden ser una simple sumatoria de motivos y argumentos, descontextualizada de lo que realmente refieren los elementos probatorios en que dice soportarse, ni puede fundarse en una valoración sesgada, incompleta o amañada de tales elementos, como tampoco puede circunscribirse a enlistar sin análisis alguno los medios de convicción que integran el acervo de certeza propio de la causa para luego elaborar argumentos generales que se reputan colegidos de aquellos y mucho menos derivar de los mismos inferencias no acordes con la sana crítica o que resultan ambivalentes o contradictorias entre sí. (...).

Pero es más, tal es la importancia de la adecuada motivación y de la correcta confección de las decisiones judiciales en tanto expresiones del denominado “*principio de motivación de las decisiones judiciales*”, mismo que se erige en derecho y garantía fundamental derivada de los postulados del Estado de derecho pues aquel a quien incumbe la decisión debe conocer y entender los argumentos que sirven de sustento a la misma para poder ejercer sus derechos de defensa y contradicción –bien sea contravirtiendo la prueba que le sirvió de soporte o allegando nuevos elementos de juicio que la desvirtúen–, que incluso han llegado a catalogarse como vías de hecho judiciales, susceptibles de ser atacadas por vía de la acción de tutela (...).

Cabe precisar adicional a lo anterior, aunque ya no en punto a la motivación de las decisiones judiciales sino en el estricto ámbito de la indagatoria y del acto procesal subsecuente a ella, esto es, el de definición de situación jurídica, que también se erige en circunstancia generadora de nulidad el omitir verificar aquellas citas y/o exculpaciones hechas por el encausado en su diligencia de inquirir y que tienen inobjetable incidencia en el juicio de responsabilidad penal, ora porque lo eximen de ella, bien porque la degradan. Ello ocurre, entre otros eventos, cuando valorado el correspondiente material probatorio se arriba a la conclusión de la inexistencia del injusto típico, el actuar del procesado se sitúa en una causal de ausencia de responsabilidad o se impone una necesaria variación del grado de participación o de la modalidad de la imputación subjetiva. (...)” (**Rad. 158409 del 13 de abril de 2016, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión**).



44. DEFINICIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA

La inadecuada motivación genera nulidad

“(...) en un esquema dogmático procesal como el contenido en la Ley 522 de 1999, la definición de situación jurídica se concibe como la fase en la que el

funcionario judicial valora lo que refieren los medios de prueba recaudados, tanto de cargo como de descargo, asignándoles un determinado grado de persuasión frente al compromiso penal que pueda caberle al sindicado en la comisión de los hechos que se le endilgan y luego de ello resuelve si debe imponerle o no medida de aseguramiento, o de seguridad según se trate de inimputable, medida aquella que está destinada, no obstante no lo consagre expresamente dicho código, a garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria, sin que una indefinición legal tal implique que el análisis de estas circunstancias sea ajeno a la jurisdicción foral como de manera reiterada y uniforme ha precisado esta Colegiatura, pues al erigirse dichas medidas cautelares en una carga que obligan al sindicado a comparecer al proceso⁵⁵ y afectan su libertad individual, constituyen, de manera inescindible del acto de definición de situación jurídica, actos de jurisdicción que indubitativamente afectan sus garantías, tornándose imperioso, en consecuencia, confrontar en la propia Constitución Nacional y en los estatutos de procedimiento vigentes, si alguna de sus normas lo releva de “esa carga que lo obliga a comparecer al proceso”.

Pero es más, el acto procesal en que lo anterior tiene material concreción no es de libre confección del operador judicial, pues expresos y explícitos son los requisitos, unos de índole sustancial y otros de naturaleza formal, que al tenor de lo normado en la codificación penal militar de 1999 debe reunir aquel.

Respecto de los primeros, dispone el arto 522 *ibídem*, que las medidas de aseguramiento que allí se señalan 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”, entendida dicha responsabilidad, precisa la Sala, no como sinónimo de autoría, sino como “responsabilidad penal”, la cual por tener como núcleo esencial un accionar humano, necesariamente ha de referirse a una conducta típica, antijurídica y culpable, y cuyo análisis ha de cimentarse en la valoración de los elementos de persuasión allegados al proceso, contrario sensu no procederá la aplicación de tales medidas, ora por no darse siquiera la prueba inferencial en comento, bien cuando la prueba recaudada sea indicativa de que el sindicado pudo haber obrado inmerso en una causal de ausencia de responsabilidad. (...).

Ahora bien, cuando la ley dispone que se han de expresar los hechos que se investigan y su calificación provisional, no se trata del simple resumen del episodio fáctico investigado, ni de la escueta mención del nomen iuris correspondiente al o a los delitos atribuidos, confeccionados sin ilación alguna entre ellos. No. Se trata de plasmar en forma clara y precisa los hechos jurídicamente relevantes, la atribución de los comportamientos delictivos llevada a cabo a través de una imputación fáctica



y jurídica, objetiva y subjetiva, caracterizada por su claridad, precisión y determinación, aspectos que se constituyen así en extremos de congruencia y en los objetos materiales y jurídicos sobre los cuales gravitará el contradictorio al igual que el adecuado ejercicio de la defensa técnica.

Se exige, pues, que la conducta punible objeto de imputación y pena esté especificada de manera clara, de suerte que no se cumplirá con este requisito cuando se atribuye de manera genérica el delito, máxime en los eventos en los que este tenga variables de adecuación en tipos básicos, subordinados, alternativos o especiales, ello en la medida que atribuciones generales o imprecisas de las conductas punibles no imprimen seguridad jurídica como extremo de defensa, pues impiden, por obvias razones, determinar cuál tipo penal en singular es por el que se define la situación jurídica y de cuál delito en especial es del que debe defenderse el sumariado en el restante decurso procesal.

La calificación de los hechos es jurídica, se insiste, por lo tanto no solo se contrae al adecuado señalamiento de todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se investigan (aspecto fáctico), sino que además debe ser resultado de un adecuado proceso de adecuación típica con indicación de los aspectos típicos objetivos que integran la infracción penal y de los aspectos de la imputación subjetiva referidos al dolo, a la culpa y a la preterintención que cualifican la conducta investigada (aspecto jurídico).

Por tanto, si i) se omite la imputación subjetiva, es decir, cuando dentro de la atribución jurídica que se realice al procesado no se especifica la forma de la misma y se deja dicho aspecto esencial de la conducta punible en la indeterminación; o si ii) ello se hace pero en forma contradictoria, pues en algunos apartes de la decisión se hace alusión a una conducta dolosa y en otros a una culposa o preterintencional, o se entremezclan estas modalidades de la conducta; o si iii) por un lado se le espeta la comisión de un determinado injusto pero en otro aparte de la providencia se hace alusión a uno distinto; o si iv) se imputa la comisión de unos específicos reatos pero la definición correspondiente lo es solo respecto de alguno o algunos de ellos dejando por fuera los restantes, es prístino que ello se constituye en irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y que por ende generan nulidad, pues el procesado por virtud del principio constitucional de publicidad del artículo 29 tiene derecho a saber de forma precisa y clara cuál es la conducta por la cual se le endilga responsabilidad penal, entendiéndose esta no solo en cuanto a los aspectos de la imputación objetiva sino también de la imputación subjetiva. (...).

Toda conducta punible implica una determinada forma de intervención humana en la misma, entendiéndose entre aquellas la acción del hombre a título de autoría (intelectual, material, mediata), coautoría (propia, impropia, aditiva, sucesiva o por cadena de mando), o de partícipe como cómplice o determinador, especies que poseen aspectos esenciales que las identifican y diferencian al punto que dogmática y punitivamente reciben trato distinto, incidiendo esto en aspectos tan diversos como la concesión de subrogados como la libertad provisional o en el término de prescripción de la acción penal, razón por la cual su determinación desde

el mismo momento de la definición de situación jurídica se constituye en asunto que reviste no poca importancia.

Así las cosas, existirá irregularidad sustancial con afectación del debido proceso cuando no se precisa cuál de las formas de intervención en la conducta punible es la que se atribuye en un acto procesal tal, constituyendo motivación ambigua o anfibológica cuando al efectuar las imputaciones de autoría o de participación se les confunde o se entremezclan, ya sea en su señalamiento o en los elementos esenciales que las identifican y diferencian. (...). **(Rad. 158198 del 24 de julio de 2015, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



45. DEFINICIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA

La inferencia razonable exigida para imponer medida de aseguramiento no es de autoría sino de responsabilidad penal

“(...) la definición de situación jurídica implica que el funcionario judicial valore lo que refieren los medios de prueba recaudados, tanto de cargo como de descargo, frente al compromiso penal que incumba al sindicado en la comisión de la conducta que se le endilga y luego de ello resuelva si debe imponerle o no medida de aseguramiento, o de seguridad según se trate de inimputable, con la finalidad de garantizar la comparecencia del sindicado al proceso o a la ejecución de la pena privativa de la libertad, impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual, conjurar cualquier actividad dirigida a ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción o a entorpecer el debido ejercicio de la justicia.

Además, no puede dejarse de lado que un análisis sobre la autoría y participación del empapelado en la conducta delictiva que se le imputa, apareja no solo realizar elucubraciones en relación con la materialidad del hecho y el aspecto objetivo de tal conducta, sino también sobre el aspecto subjetivo de la misma y sobre la modalidad de la conducta punible, es decir, si esta se cometió a título de dolo, culpa o preterintención y, adicionalmente, si ella afectó real o potencialmente el bien jurídico tutelado en el tipo penal que se procede, pues rememórese que la teoría del delito actualmente imperante en Colombia implica que para que se pueda decir que la conducta definitivamente es típica, ha de ser antijurídica, ello bajo el entendido de que el legislador no consagra como delitos comportamientos *secundum legem* sino a aquellos que por entrañar la lesión de bienes jurídicos objeto de salvaguarda son *contra legem*, de ahí que se hable de figuras como la del injusto típico, también denominado por algunos como tipo de injusto.

Dicha teoría, también habrá de acotarse, acoge un concepto complejo de tipo integrado básicamente por dos fases: subjetiva y objetiva. La primera, integrada por dolo, culpa o preterintención y en algunos tipos por los llamados elementos anímicos o teleológicos, especiales procesos de motivación o finalidades que por excepción suelen incluirse en el tipo junto al dolo (caso de los móviles bajos, eróticos, la



piedad, las finalidades de lucro o repercusión política, etc.). Y la segunda compuesta por la parte externa de la acción, por la afectación al bien jurídico tutelado (lesión o peligro de lesión) y por la relación jurídica que permite imputar o atribuir, más allá de concepciones netamente naturalísticas, el resultado a la conducta del autor y que halla explicación en la teoría de la imputación objetiva.

A la par de lo anteriormente expuesto, otras razones que llevan a esta Sala, más allá del contrasentido que genera la interpretación que el respetado apelante pretende dar al canon que en el proceso penal militar regula la procedencia de las medidas de aseguramiento, a apartarse de lo por él argüido, pueden sincretizarse así: (i) no es suficiente la demostración de la autoría en la comisión de un delito para una imposición tal, pues el autor del mismo pudo actuar sin responsabilidad; (ii) habida cuenta de que las medidas de aseguramiento, en especial la detención preventiva, aparejan una drástica restricción de derechos fundamentales, pretender imponer la misma tan solo con una inferencia razonable de autoría o participación, obviando un mínimo análisis de responsabilidad penal, es injustificable; (iii) la única vía para desvirtuar la presunción de inocencia que acompaña al sindicado, es la edificación en grado de posibilidad de un juicio de responsabilidad penal, no la simple acreditación material del hecho y del grado de participación; (iv) el derecho de defensa que asiste al sindicado solo puede entenderse en cabal ejercicio, si gravitó sobre la responsabilidad penal, no solo sobre su condición de autor o partícipe; (v) el contenido de la responsabilidad penal, así sea en una expresión mínima y provisional, debe ser materia obligatoria de discusión probatoria como fundamento de la imposición de medidas afectatorias de derechos y libertades fundamentales, con mayor razón cuando la prueba de autoría o participación no es necesariamente indicativa de responsabilidad penal; (vi) en materia de detención preventiva, esta se torna legal, racional, razonable, proporcionada y justa, en tanto su necesaria imposición haya sido debatida en el marco del análisis del compromiso penal que pueda caber al sindicado en la comisión del delito que se le imputa, no de mera autoría o participación; y (vii) las causales cuya inexistencia, como bien señala el recurrente, se ha de verificar, no son de autoría o participación, son de responsabilidad penal.

Quiere significar lo anterior, sin que con ello se pretenda proponer la realización de un juicio anticipado o de un “minijuicio”, que la inferencia razonable que según la legislación penal militar se constituye en presupuesto previo para la imposición de una medida de aseguramiento, no es de posible autoría o participación, sino de posible responsabilidad penal, análisis que comporta un discernimiento lógico jurídico con base en las pruebas legalmente recaudadas sobre las categorías dogmáticas del injusto penal en grado de posibilidad, se itera, no de probabilidad, ni de certeza racional, pues estos dos últimos grados del conocimiento pertenecen a otros estadios del proceso penal. (...)” **(Rad. 158290 del 29 de febrero de 2016, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**

46. DELITO CULPOSO EN LA NORMATIVIDAD CASTRENSE

La posición de garante que debe ostentar el agente respecto del bien jurídico protegido

(...) la normatividad penal militar sustantiva introdujo una nueva concepción del delito culposo o imprudente en los precisos términos de la actual teoría del delito dentro del ámbito del derecho penal castrense colombiano, que cataloga la culpa, no como una forma de culpabilidad, sino como una modalidad de la conducta punible⁵⁶, como acertadamente lo establece el recurrente. 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)⁵⁷.

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 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 causalidad⁵⁸. 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 incumbía, 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 activo⁵⁹.

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.

A diferencia de lo que ocurre en la modalidad dolosa de la conducta punible, en la que existe una relación entre intención o voluntad dirigida a un fin y un resultado típico, en la modalidad culposa no hay una relación intencional, es decir, la conducta no está orientada o dirigida a un predeterminado fin o resultado típico, lo que se presenta es un acto voluntario con desconocimiento del deber de cuidado,

56 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”.

57 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 20 de mayo de 2003, Rad. 16636, M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

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

59 Cfr. Sentencia de casación de 22 de mayo de 2008, radicación n.º 27357.

que ocasiona con base en un nexo de causalidad un resultado dañoso que el sujeto agente pudo conocer y prever⁶⁰.

Los componentes objetivos o normativos del tipo culposo dentro del esquema dogmático que orienta el Código Penal Militar de 2010, son: un sujeto activo, que en este caso corresponde al miembro de la Fuerza Pública en servicio activo; la acción extratípica, constituida por la infracción al deber objetivo de cuidado; la realización de un resultado lesivo y relevante, descrito en la norma penal imputada y la relación de causalidad o nexo de determinación, que corresponde al vínculo que debe existir entre la transgresión al deber objetivo de cuidado y el resultado típico; modelo dogmático al que la justicia castrense dio desarrollo con la expedición de la Ley 1407 de 2010, puesto que a pesar de corresponder a una jurisdicción especializada, de ninguna manera puede por ello desconocerse los parámetros constitucionales y los principios del derecho penal contemporáneo que irradian a la jurisdicción penal en general, como bien lo resalta el apelante. (...).

8.2- Para dilucidar el caso *sub judice* bajo la óptica de la imputación objetiva, corresponde entonces determinar la posición de garante que registra el agente frente al bien jurídico protegido; verificar si el comportamiento desarrollado por el procesado ha creado 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, a la par de ello, que ese resultado dañoso sea el que precisamente se buscaba evitar con la norma de cuidado que se reputa infringida, ello, claro está, siempre bajo el entendido de que el encausado tenía dentro de su ámbito de responsabilidad evitar la causación del resultado dañino.

El fallo condenatorio recurrido precisa la importancia de la teoría de la imputación objetiva para resolver problemas jurídicos en los que se debate la responsabilidad penal en los delitos imprudentes, acudiendo para el efecto a pronunciamientos judiciales frente al particular. Sin embargo, al momento de resolver el caso *sub judice el a quo* acude a conceptos de contenido eminentemente causalista, como bien lo indica el ilustre defensor.

Examinado el fallo impugnado, encuentra la Sala que el juez de primera instancia se limitó a desarrollar el estudio de la responsabilidad penal frente al análisis de la imputación del resultado típico, olvidando el juicio frente a la imputación del comportamiento desarrollado por el procesado, ello a fin de establecer si este ejecutó realmente una conducta prohibida que generara el incremento del riesgo frente a la lesión sufrida por su compañero de armas, confinando su argumentación a la verificación del resultado típico, en un claro análisis lógico objetivo o naturalista que responde a concepciones de contenido causalista, como ya se advirtió. Aunque en ese sentido razón le asiste al recurrente para sentar su reclamo, ello no resquebraja la firmeza de la decisión en cuanto ningún desmedro o agravio se enrostra al procesado al recurrir el fallador primario en su análisis a criterios de tipo causalista, puesto que en forma alguna adjudica responsabilidad de manera objetiva, como bien lo afirma el Procurador delegado ante esta Corporación.

El primer presupuesto, desde el punto de vista normativo de la imputación objetiva, corresponde a la posición de garante que debe ostentar el agente respecto del bien jurídico protegido cuya vulneración o puesta en peligro se reprocha. La posición de garante surge de competencias por organización o institucionales; las últimas 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 organización, en donde cada uno de sus miembros tiene control sobre determinadas fuentes de riesgo.

En ese entendido, claro ejemplo de la posición de garante por competencia institucional corresponde a la Fuerza Pública. La actividad militar, demanda que los individuos que desarrollan funciones de seguridad se desenvuelvan en un ambiente dentro del cual están expuestos de manera permanente e inevitable al peligro, 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. Bajo ese entendido, el riesgo solo será relevante penalmente cuando se incremente por fuera de lo permitido o se trate de un riesgo no permitido por la norma objetiva de cuidado.

En el caso *sub judice*, resulta claro que el SLR. WMN tenía a su cargo el control sobre la fuente de peligro que representaba el fusil que le había sido entregado por el Ejército Nacional para desarrollar las funciones que le correspondían como Soldado Regular, en particular como centinela. Para el efecto, tenía la obligación de ejecutar acciones de diligencia y cuidado que le permitieran impedir que el uso de su arma de dotación oficial excediera el riesgo permitido o aparejara uno no permitido, ya fuera por acción propia o por la acción dolosa o culposa de un tercero. (**Rad. 158348 del 29 de febrero de 2016, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tercera Sala de Decisión**).



47. DELITO CULPOSO

Edificación del juicio de responsabilidad bajo la actual teoría del delito

“(…) en el proceso de edificación del juicio de responsabilidad penal, previo a la determinación de si una determinada conducta humana es típica, proceso jurídico racional que comporta –se itera– el análisis de los aspectos subjetivo y objetivo del tipo penal, se ha de verificar dentro de este último no solo la superación del arrisco permitido –lo que determina la violación del deber objetivo de cuidado– sino además la efectiva concreción del resultado dañoso como consecuencia de ello.

Al efecto, la teoría de la Imputación Objetiva, imperante en el derecho penal colombiano parte de una premisa fundamental: demostrada la causalidad, se le puede imputar al sujeto la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción del resultado típico.

Ahora bien, en relación con el delito culposo, el tipo objetivo de dicha modalidad de conducta encuentra explicación, se itera, en la teoría de la imputación objetiva, cuya pretensión no es otra que determinar, a partir de una concepción normativa desprovista de consideraciones ontológicas, cuándo una conducta resulta atribuible o imputable objetivamente a determinada persona, en tanto esta 1) haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y 2) dicho riesgo se haya realizado en el resultado penalmente relevante. En el evento de faltar alguno de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal, siendo del caso añadir que un análisis tal no puede prescindir de los criterios normativos que en determinados eventos excluyen la imputación al tipo objetivo, entre ellos, (i) el riesgo permitido, (ii) el principio de confianza y (iii) las acciones de propio peligro.

No en vano es que hoy se afirma que en tratándose del delito culposo el tipo objetivo se integra a partir de los siguientes elementos esenciales: i) el sujeto; ii) la acción; iii) el resultado físico; iv) la violación del deber de cuidado impuesto por las normas legales o reglamentarias; v) la relación de causalidad entre la acción y el resultado; y vi) la imputación objetiva que debe surgir a partir de la atribución jurídica del resultado a la acción desplegada por el sujeto, sin que ello se erija, sea del caso aclarar, en talanquera para predicar su plena aplicabilidad en tratándose de conductas punibles cometidas a título doloso.

Bajo un entendido tal, precisa la Sala, el juicio de imputación objetiva debe cumplir cuatro pasos a saber:

Primero, se ha de determinar con apoyo en las teorías de la equivalencia de condiciones y de la *conditio sine qua non*, cuál es la causa que produjo el resultado.

Segundo, establecida esa relación causal, se debe entrar a determinar si la acción en sí misma considerada es peligrosa para la producción de un determinado resultado dañoso, para ello se debe hacer un análisis de la peligrosidad de la acción desde una perspectiva *ex ante*, esto es, ubicándonos en el momento en que la persona realiza la conducta, es decir, si al momento en que la persona actuó, de acuerdo a la regla general de experiencia, se podría pensar que efectivamente la acción con grado de probabilidad era peligrosa⁶¹ para producir el resultado. Recuérdese que el fundamento de la imputación objetiva es la acción peligrosa jurídicamente desaprobada, ese carácter de peligroso de la acción se debe calificar *ex ante*, esto es, en el momento en que se realiza la acción, no cuando el resultado se produce, si sé que la acción fue peligrosa porque se produjo el resultado nos

61 Peligro es la probabilidad de un acontecimiento lesivo, concepto que es objetivo porque se fundamenta en la experiencia, en la lógica. Por ejemplo si Beatriz tiene dolor de cabeza y le pide a Jorge una pastilla calmante y éste le da una aspirina (cuyo componente es el ácido acetil salicílico), y Beatriz es alérgica a esta sustancia y como consecuencia de consumirla hace una reacción de tal índole y muere, se le podría imputar a Pedro el resultado final de la muerte de Beatriz? Se analiza: ¿Puede afirmarse que la conducta de Jorge tiene un nexo causal con la muerte de Beatriz? Sí, desde el punto de vista de las teorías de la equivalencia de las condiciones y de la *conditio sine qua non*, pues le dio el medicamento que le produjo la reacción alérgica, reacción que ocasionó su deceso, la relación de causalidad se ha establecido. ¿Qué nos enseña la regla general de experiencia? Que la aspirina con grado de probabilidad no produce la muerte, es un calmante de uso común que incluso no requiere de formulación médica. ¿Jorge había sido informado o tenía conocimiento de que Beatriz era alérgica a esta sustancia? No, nunca se imaginó esta situación, solamente trato de colaborarle a Beatriz ante la cefalea que presentaba. Se concluye. El juez no le podrá imputar a Jorge el resultado finalmente producido.

estaríamos ubicando en una perspectiva ex post que desfiguraría la teoría en cita llevando inexorablemente a yerros de valoración.

Tercero, además que la acción sea peligrosa se requiere que la misma se materialice en la producción del resultado típico, esto es del resultado prohibido, que sea su causa eficiente y cierta; por ello debe establecerse que el peligro creado realmente se concretó en la producción del resultado, si este no tiene una relación de riesgo con la conducta no es factible imputar el resultado.

Y cuarto, la acción peligrosa tiene que estar desaprobada por cuanto contraviene el deber objetivo de cuidado que deviene de una norma en sentido amplio, de una pauta que establece la *lex artis* que regula una profesión o de lo que haría un hombre medianamente prudente en tratándose del mismo caso. Recuérdese que una acción que envuelve cierto riesgo no es per se violatoria del deber de cuidado.

Si la acción que envuelve cierto riesgo no es violatoria de aquel deber de cuidado; si se respetan las previsiones mínimas que para tales casos establecen la ley, los reglamentos o los usos; si ellas se observan estrictamente; si no se defraudan las expectativas sociales que tienen origen en el rol que cumple el sujeto agente, no se generaría un juicio de reproche para el sujeto agente y por ende no habría lugar a imputación, pues pese a que se sigue estando en presencia de un riesgo para bienes jurídicos creado por el ejercicio de determinadas actividades peligrosas (v. gr. el tráfico aéreo, marítimo, fluvial o terrestre; la medicina; el manejo de armas de fuego, entre otras), en la medida que la acción se mantiene dentro de los parámetros propios del arriesgo social permitido y por ende ello es social y jurídicamente aceptado. (...)” (Rad. 158200, 11 de mayo de 2015, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).



48. DELITO DE DESERCIÓN

Clase de Base no determina el elemento normativo del tipo.

La conducta establecida en el numeral 3 del artículo 109 del Código Penal Militar, señala que incurrirá en el delito de deserción quien estando incorporado al servicio militar **“Traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en operaciones militares”**. Como se advirtiera por esta Sala en anterior oportunidad, el tipo penal corresponde a una norma en blanco, cuya adecuada comprensión involucra la definición de conceptos como “campamento”, “jefe de las tropas” y “operación militar” .

Para entender el alcance de estos conceptos, debe recordarse que, en desarrollo de la misión constitucional asignada a las Fuerzas Militares, relacionada con la



defensa de la soberanía, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional, las diferentes Fuerzas consolidaron una doctrina militar que enmarca su accionar, conforme la específica misión y función que desarrollan de acuerdo al rol asignado para cada una de ellas en la Constitución y en la ley.

En este orden de ideas, para precisar los conceptos antes citados, debe recurrirse a la doctrina militar contenida, particularmente en los reglamentos que regulan el accionar de las Fuerzas Militares, concretamente al “Reglamento de Operaciones en Combate Irregular 3-10-”, “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”.

Bajo ese entendido, esta Corporación para consolidar la noción de “campamento” contenida en el tipo penal, ha recurrido a las definiciones de base de patrulla móvil, semimóvil y fija, traídas por el Reglamento de Operaciones de Combate Irregular EJC-310-1, así por ejemplo, en uno de aquellos pronunciamientos, señaló:

“Establece el Manual EJC-310, que las bases de patrullajes pueden ser móviles, semimóviles y fijas, las primeras se presentan 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”.

Por el contrario, las bases de patrulla semimóvil, “se emplean en períodos mayores a veinticuatro horas y en lo posible, menores a un mes dentro de un área general, en la cual, se gira alrededor de un caserío, pueblo o municipio, inspección de Policía, entre otros; ...” y por su parte, las bases de patrullaje fijas, “son aquellas que se establecen en forma permanente, debido al tiempo de la misión que se cumple como el control de poblaciones intermedias o áreas tradicionalmente afectadas por el orden público, PDM adelantados que ocupan un campo de combate. Igualmente, por jurisdicción asignada, seguridad de puestos de relevo de comunicaciones, control de áreas críticas como estaciones de bombeo, hidroeléctricas, estaciones y subestaciones eléctricas, etc., que son de importancia dentro de la infraestructura económica del Estado.”.

Ahora bien, 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...” , 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”, y para la base semimóvil, “Constituyen el lugar desde el cual se puede operar el

PDM táctico, (...) no está totalmente a cubierta y por ello es vulnerable”, convergente con el concepto de “Áreas de reunión (temporales)”, que no son otras que las especificaciones que debe tener el denominado campamento, para los propósitos allí previstos, debiéndose precisar que su principal característica es la temporalidad, contrario a lo dispuesto en relación con las bases de patrullaje fija.

Así las cosas, 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”. (Lo subrayado fuera de texto).

Bajo estos presupuestos, resulta claro para la Sala, que el concepto de “campamento”, involucra de manera general las nociones de base de patrulla móvil, semimóvil o fija, sin embargo, su definición no se agota bajo estos presupuestos sino que involucra como elemento determinante la realización de una operación militar particular y concreta. (...)

Así las cosas, el concepto de operación militar al que hace alusión el tipo penal descrito en el numeral 3º del artículo 109 de la Ley Penal Militar, no es otro que la serie de actividades, no solo de combate (regular o irregular), sino además, administrativas que ejecuta una unidad para darle cumplimiento a una misión. Bajo este postulado, la base de patrullaje hace parte de los métodos y técnicas empleados para ejercer el control de puntos críticos dentro de la operación de control militar de área, sin que esta corresponda a la única clase de operación militar que pueda involucrar la conducta alternativa, cuya ejecución autónoma determina la comisión del delito de desertión en términos del antes citado numeral. Técnica cuyo propósito es garantizar la tranquilidad pública, la integridad de los ciudadanos, su honra y bienes, e impedir que el enemigo lleve a cabo operaciones en contra de la Fuerza Pública; en dicha virtud, se destacan unidades en las áreas de conflicto, de manera que actuando de forma descentralizada puedan cubrir mayor cantidad de terreno, a través del despliegue de sus unidades menores que ocupan bases de patrullaje, con las cuales se ejerce el control requerido.

La noción de operación militar, como ingrediente normativo del tipo penal, permite discernir claramente el concepto de “campamento”, en la medida que identifica, distingue y particulariza la construcción típica de las conductas establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 109 del Código Penal Militar frente a la señalada en el numeral 3 de la misma disposición. En dicha virtud, el ingrediente normativo temporal diferenciado, predicable de la tercera modalidad conductual del delito de desertión, tiene explicación y justificación bajo el entendido de que la ausencia por



cualquier tiempo de quien esté incorporado al servicio militar, en desarrollo de una operación militar, afecta el bien jurídico tutelado del servicio, contrario sensu, la ausencia del uniformado cuando no media una operación militar, solo resulta lesiva, pasados cinco días conforme lo determina el legislador.

Bajo ese entendido, existe respecto del personal uniformado el deber legal de dar cumplimiento a la misión desde el momento en que se emite la orden de operaciones hasta que culmina la misma; período durante el cual el militar debe estar involucrado de manera permanente en el desarrollo y cumplimiento de la operación militar. Por tanto, el uniformado debe integrar la unidad o grupo de la Fuerza Pública destinado a cumplir una misión durante el lapso que persista la operación militar, puesto que su ausencia no solo determina una situación de desventaja táctica, sino además, de riesgo para su vida y la de sus compañeros de armas, así como para el éxito de la misión. Fundamento para que la ausencia voluntaria del uniformado del campamento, comprensión que se debe dar al término *“traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en operaciones militares”*, fuera elevada a delito.

En desarrollo de la operación militar el comandante debe establecer un sitio para el descanso, reabastecimiento o direccionamiento de la tropa, lugar denominado campamento o vivac, cuyos límites están determinados por los puestos de centinela, los cuales son fijados por el jefe de las tropas.

El término campamento no se encuentra establecido en el ya citado reglamento, en razón a que dicho apelativo regladamente se refiere al lugar donde se resguardan los integrantes de los grupos insurrectos. Sin embargo, conforme lo arriba planteado, campamento puede ser definido como el sitio o lugar geográfico en donde se ubican unidades de la Fuerza Pública, en desarrollo de una operación militar y en cumplimiento de una orden de operaciones, compuesto por toldas y elementos connaturales a la clase de actividades a desarrollar, cuyo perímetro es fijado por el jefe de tropas o comandante militar y que se encuentra delimitado por los puestos de centinela. Noción que no involucra de manera definitiva o concluyente una operación de combate, método, táctica o maniobra en particular, sino el desarrollo y ejecución de una operación militar en general y que se compagina con lo que señala el diccionario frente a las acepciones del vocablo *“campamento”*, como las siguientes: *“1. m. Acción de acampar. 2. m. Instalación eventual, en terreno abierto, de personas que van de camino o que se reúnen para un fin especial. 3. m. Lugar al aire libre, especialmente dispuesto para albergar viajeros, turistas, personas en vacaciones, etc. 4. m. Mil. Lugar en despoblado donde se establecen temporalmente fuerzas del Ejército. 5. m. Mil. Tropa acampada”*. (Rad.158190 del 16 de mayo de 2016. M. P. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tercera Sala de Decisión).

49. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-ORDEN DE CAPTURA

Debe existir dolo para que la omisión de cancelarla tenga la potencialidad de constituirse en delito

“Las breves reseñas dogmáticas sirven para determinar cómo la situación fáctica denunciada de no haberse cancelado la orden de captura después o al momento de haberse proferido cesación de procedimiento dentro del proceso penal de deserción referido, implica absolver el interrogante si dichos hechos se adecúan a los tipos penales previstos en contra de la administración pública, obsérvese que todos, salvo el peculado culposo, son tipos penales dolosos, y entiéndase el dolo como un elemento subjetivo del injusto típico.

La Sala ha de afirmar que la omisión evidenciada en la Juez X de Instrucción Penal Militar al no cancelar la orden de captura, proviene de un acto precipitado, desatinado, desacertado o descuidado, que si bien dentro del nexo causal como elemento del injusto aborda el elemento naturalístico, de otro lado no tiene relevancia jurídica, es decir, no existe una verdadera causalidad jurídica al no evidenciarse la creación de un riesgo relevante para el bien jurídico.

En otras palabras, la omisión en la cancelación de la orden de captura por parte de la Juez 24 de Instrucción Penal Militar, de una parte, no alcanza una lesión o puesta en peligro al bien jurídico de la Administración Pública y, de otra parte, no se constata el elemento subjetivo del dolo que requieren los punibles que protegen el mencionado bien jurídico. En ese orden de ideas, habrá de concluirse que la indagación preliminar ha de terminar bajo la premisa de que los hechos denunciados como están esbozados resultan atípicos.

Ahora bien, el dolo de manera general contiene dos elementos: el intelectual o cognitivo y, el otro, el volitivo, que implica señalar el conocer los hechos constitutivos de una infracción penal y tener la voluntad o el querer para lesionar la ley. En otras palabras, el dolo es conocer y querer; en el caso sub judice, conocer que los hechos eran constitutivos de una conducta objetivamente típica y querer su realización.

Sin embargo, para pregonar el dolo se ha de comprobar ese fuero interno del sujeto activo y por ende se debe acudir a los interrogantes de cómo, cuándo y dónde se desarrolló la conducta para lograr comprobar la intención del agente; con este planteamiento, observa la Sala, se trata de un trámite rutinario de un proceso penal militar por el delito de deserción, que la no cancelación de la orden de captura implicaría en el futuro una afectación injusta de la libertad de aquel soldado. Entonces encontrar si esa es la intención de la Juez 24 de Instrucción Penal Militar y a partir de allí construir el elemento subjetivo que el injusto típico requiere, implica necesariamente revisar las circunstancias en que aquel interlocutorio de cesación de procedimiento se expidió y que no reguló la cancelación de la orden de captura. (...).

Como corolario de lo anterior, considera esta Sala de Decisión que los hechos denunciados dentro del proceso de adecuación adolecen del elemento subjetivo

del injusto y en consecuencia habrá de pregonarse la atipicidad de la conducta, y en ese orden de ideas, la decisión por adoptar en el momento procesal actual es la de inhibirse de ordenar investigación formal, razón por la cual se ordenará el archivo del expediente...” (Rad. PREL 207 del 15 de diciembre de 2015, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).



50. DERECHO PROBATORIO

Fin de la actividad probatoria. Las entrevistas efectuadas por la Policía Judicial no pueden considerarse pruebas

“(…) Una consideración tal lleva a esta Sala a la imperiosa necesidad de rememorar i) que en términos generales el fin de la actividad probatoria es el esclarecimiento de la verdad real sobre los hechos materia del proceso; ii) que ‘probar’, en su acepción general, se ha de entender como la actividad de los sujetos procesales tendiente a tratar de demostrar la verdad real de un hecho por cualquiera de los medios establecidos por la ley, convenciendo al funcionario competente de que ellos son así y no de otra forma; iii) que ‘pruebas’, según la sentencia de la Corte Constitucional C-159 de 2002, son los medios señalados por el legislador para crear en el juzgador la certeza o el convencimiento sobre la verdad de los hechos que son materia de los procesos respectivos, con el fin de que el mismo aplique el ordenamiento positivo a los casos concretos; iv) que en materia penal, ‘probar’ es una tarea investigativa dirigida a descubrir y verificar todos los datos necesarios para reconstruir, de manera completa y total el hecho punible y descubrir al autor o autores o cómplices y establecer su responsabilidad; y vi) que por razón de lo anterior, esta tarea se halla inescindiblemente ligada al imperativo de la investigación integral por virtud del cual debe ser cometido esencial de todo operador judicial en todas las fases del proceso, incluida la de juzgamiento, velar porque las pruebas allegadas al proceso sean objetivamente válidas, pertinentes y conducentes, puedan ser obtenidas a través de un esfuerzo razonable y versen sobre circunstancias que tanto desfavorezcan como favorezcan al procesado.

Así las cosas, para la Sala resulta incontrovertible que las entrevistas llevadas a cabo por funcionarios de policía judicial a instancias de la Fiscalía Local No. 31 de Pitalito (Huila), mismas que tanto el juez instructor como la distinguida apelante asimilan a testimonios, no solo no alcanzan el carácter de prueba y mucho menos de prueba testifical, sino además no pasan de ser elementos materiales probatorios recaudados como parte de los actos de investigación que en un esquema procesal acusatorio competen a aquellos funcionarios, razón más que suficiente para considerar que, como tales, no pueden servir de piedra basilar o sustento a una decisión de tan trascendental importancia como la de cesar procedimiento y menos aun cuando, de conferírseles hipotéticamente hablando la fuerza y la eficacia demostrativa de una prueba en estricto sentido, contrario a lo que concluyen los precitados sujetos procesales en sus respectivos escritos, analizadas en sí mismas, entre ellas y de cara a las demás diligencias obrantes en el cartulado, resulta palmar que

tales entrevistas ni señalan de manera indefectible que el procesado en realidad de verdad llevó a cabo la conducta punible que se le espeta ni dan cuenta en grado de certeza de lo contrario, ello hasta el punto que es el mismo operador judicial de primera instancia el que en el proveído objeto de disenso señala que la presencia del sujeto pasivo del reato investigado en la presente actuación, la cual echa de menos y atribuye a desinterés o apatía del mismo, era fundamental *‘para que asista a diligencia de declaración y se despejen dudas que se han originado’ (...)*” (Rad. 158185, 18 de junio de 2015, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).



51. DESERCIÓN

Puede presentarse un error de tipo cuando el uniformado tiene el convencimiento de que traspasar los límites del campamento no constituye delito, por considerar que ello solo se presenta por ausencia por más de cinco días

“Ahora bien, también se consideró en el recurso que el procesado tenía conocimiento de la Deserción clásica *‘irse por más de 5 días’*, de tal forma que su asistido creyó que abandonar el lugar y regresar al día siguiente no era delictuoso, y aunque solamente aludió a lo expresado por el procesado en su indagatoria, apenas citando los apartes, es necesario volver sobre ellos y sobre la circunstancia ocurrida el día anterior a los hechos materia de verificación, para poder discernir si se está ante un error de tipo y si era vencible o no. En este sentido desde ahora debe denotarse el error de la sentencia de primer grado al considerar que el procesado se ausentó de la Base Móvil luego de que se le designó la consecución de leña, pues ello ocurrió conforme al testimonio del Cabo RL la noche anterior.

Así las cosas, el procesado en su injurada se limitó a expresar que como recibió una llamada en la que se le informaba que su señora madre estaba grave, la cual *‘se cayó’*, quedó angustiado y sin pedir permiso se fue, y que inclusive en el bus se encontró al Soldado BME. Logró llegar al día siguiente a la finca donde vivía su progenitora en el municipio de Tambo, y al otro día se presentó con ella al Batallón. Luego al ser preguntado si era consciente de que al irse sin permiso de la Base de Patrulla Móvil, contestó lacónicamente *‘No’*. Igualmente, a la pregunta sobre si conocía qué era el delito de Deserción, también contestó *‘No sé’*, y finalmente a la pregunta *‘Este despacho le hace cargos por la presunta comisión del delito de deserción por los hechos acaecidos el día 03 de octubre de 2012, momento en que usted se fue de la base de patrulla móvil del sector de la vereda Paletará del municipio de Puracé (Cauca) junto con el SLR BME, ¿de la anterior imputación qué tiene que decir al respecto?’*, contestó: *‘Inocente porque yo nunca hice eso para quedarme en la casa; yo iba a volver y volví’*. Al respecto, en la diligencia no hubo preocupación por auscultarle al procesado el interrogante que ahora tiene el señor defensor, ni tampoco en otra clase de prueba como la testimonial, que a propósito no se extendió al recibimiento de las versiones de los familiares del procesado que citó en su indagatoria, relacionado con el conocimiento que se tuviera acerca de la posible conducta delictiva. Lo anterior significa



que la única diligencia para evaluar tal interrogante es el mismo texto del acta de injurada, en la que además al ser preguntado DFLO si había recibido capacitación sobre los delitos militares contestó: *'No, que yo me acuerde'*.

Obsérvese entonces que en forma, que se puede inferir espontánea, el procesado no solamente narró cómo y por qué abandonó el lugar de la Base de Patrullaje Móvil, y cómo regresó al Batallón, sino que en tres respuestas dio a conocer que desconocía lo relativo al delito de Deserción, llamando la atención que el despacho le hubiera dado a conocer el contenido del artículo 109 de la Ley 1407/10, anotándose enseguida que el indagado refirió que le era claro el delito, pero a pesar de ello en respuesta a la penúltima pregunta en la que se le comunicó que se le hacían cargos por el delito de deserción por los hechos ocurridos el 3 de octubre de 2012, fecha en la que se fue de la Base de Patrullaje Móvil, contestó ser inocente porque nunca hizo eso para quedarse en la casa ya que iba a volver. Así, es válida la interpretación en el sentido de que el procesado considerara que abandonar el lugar o ausentarse, pero regresando, no constituía una infracción penal.

Es lamentable, como ya se insinuó, que no se hubiera producido en la etapa instructiva una auscultación diferente, y entonces lo que queda es, como se está haciendo, evaluar el propio dicho del procesado.

Pese a lo anterior, a la exposición del Soldado Regular DFLO debe agregarse una circunstancia que se aúna a la hipótesis de error, sobre la que tampoco fue preguntado en su indagatoria. Se trata de lo narrado por CP. GUT relacionado con la también ausencia del soldado al ser encontrado la noche anterior en las fiestas patronales de Paletará junto con el SLR. BME hacia las 23:30 horas, y que corrobora el reservista DJS al anotar que cuando fueron a buscar a los soldados a Paletará estaban bailando, y a partir de ahí por orden del Teniente RP, este quedó encargado de ellos. Esto significa que antes del 03 de octubre de 2012, la noche anterior el SLR. DFLO también se había ido del lugar donde se encontraba la Base de Patrullaje Móvil, sin haber recibido ninguna clase de demérito, lo que lleva a concluir un alto grado de indisciplina, toda vez que se trataba de un pelotón que cumplía orden de operaciones, pero a su vez, que el ausentarse y regresar no generaba la comisión de un delito, contextualizando esta circunstancia con lo expuesto en su indagatoria.

Precítese entonces que la conclusión a la que se llegará tiene que estar referida, como ya se indicó, a lo expresado por el procesado, y a estas dos circunstancias: a) el procesado había cumplido la mayor parte del servicio militar obligatorio para principios de octubre de 2012, y b) la noche anterior a los hechos se había ausentado de la Base de Patrullaje Móvil, habiendo sido sorprendido en las fiestas de Paletará. Así, en principio debe cuestionarse que lo expresado por el SLR. DFLO en su injurada, se insiste, nada interesó, al punto que ni siquiera en la diligencia se elevaron otras preguntas tendientes a procurar conocer del indagado si conocía acerca de la modalidad de deserción por la que se abrió la investigación (artículo

109-3 de la Ley 1407/10), tanto en sus elementos descriptivos y normativos. En este sentido además es inexplicable e inoportuna la anotación del despacho instructor en cuanto a que luego de la lectura del artículo 109 mencionado, como quedó consignado, que al indagado le quedaba claro lo relativo a este delito que es un tipo compuesto (cinco modalidades), de mera conducta, de ejecución instantánea y que se sirve también de la categoría de tipo en blanco. Es que una lectura de este delito permite considerar un importante número de elementos descriptivos y normativos, algunos de ellos que requieren la remisión a otras normas, reglamentos o doctrinas, que hacen realmente imposible que con una lectura a un soldado le quede 'clara' la protección que el legislador quiere del bien jurídico del servicio.

Como ya se recalcó, no fue solamente deficiente el catálogo de preguntas al indagado, sino que tampoco ninguna otra diligencia, ni en la etapa instructiva ni en la audiencia de Corte Marcial se llevó a efecto para constatar el conocimiento que el procesado tuviera acerca del delito de desertión, especialmente en razón a sus respuestas, una de ellas en la que fue preguntado si conocía esta conducta punible, habiendo respondido simplemente 'No', pero, se insiste, sin que llamara la atención del instructor.

Puede inferirse que un ciudadano incorporado al servicio militar obligatorio, *per se*, está vinculado con la desertión como delito, que cobija un elemento descriptivo cercano al mismo servicio militar, esto es, la dejación, o suspensión o interrupción del servicio militar obligatorio; nada pues más cercano a ese deber de ciudadano que su disposición al cumplimiento de ese rol temporal que la ley le impone, y que daba a entender que el abandono de él constituye una desertión. Sin embargo, recuérdese nuevamente que el artículo 109 de la Ley 1407/10 entraña cinco modalidades, que hacen más compleja la capacitación que recibe el soldado, su interiorización, ya que los elementos descriptivos y normativos requieren una especial atención. Sobre este mismo tema también debe reconocerse que el Soldado Regular DFLO llevaba en el servicio militar un poco más de 19 meses para el día 03 de octubre de 2012⁶², y por ende estaba próximo la culminación del servicio militar, que lo fue en el mes de enero siguiente, y ello permite también inferir que su desvinculación con el servicio militar le acarrearía sanciones porque podría tratarse de un delito de desertión, pero no necesariamente por la modalidad por la que fue acusado.

La modalidad de desertión por la que fue acusado el procesado (artículo 109 -3 Ley 1407/10) implica elementos descriptivos y normativos que no necesariamente permiten considerar que el soldado regular conocía de ellos porque no están en otras modalidades de desertión, como en la descrita en el numeral primero, que es a la que aparentemente se refiere el señor defensor, como desertión regular, normal y que consiste en el abandono del lugar donde se encuentre prestando el servicio militar en un término mayor a cinco días consecutivos, modalidad bien distinta a la del numeral tercero, que se consuma una vez se traspasen (sin autorización) los límites señalados al lugar donde debe permanecer el pelotón o patrulla, por el Jefe de las tropas, y que ello ocurra en operaciones militares. La circunstancia que

62 Fue dado de alta mediante orden del día 040 del Batallón de Alta Montaña No. 4 "GR. BENJAMÍN HERRERA CORTÉS", Folio 47 y ss.



atrás se anunció en este presente caso es relevante; se trata del sorprendimiento del soldado la noche anterior en las fiestas de Paletará, que implicó por supuesto dejación del lugar donde se encontraba la Base de Patrullaje Móvil, y por supuesto el traspaso de los límites de la misma, y ello en cuanto resultó inadecuada por parte de los superiores la respuesta para con el subalterno, haciendo parte de la hipótesis de desestímulo a que el soldado pudiera comprender que traspasar los límites de la Base de Patrullaje Móvil era delictuoso, así regresara prontamente; ello se puede inferir en lo narrado lacónicamente por el procesado en el sentido de que se ausentó del lugar y se dirigió al área rural de Tambo, donde vivía su señora madre, para verificar cómo se encontraba, porque según él había recibido una llamada en la que se alcanzó a decir que su progenitora estaba grave.

Consecuente con lo anterior, lo que se quiere significar es que si bien la ausencia o la dejación del lugar donde el soldado se encuentre y la prestación del servicio militar están estrechamente relacionados de tal forma que no podría afirmarse que el soldado regular DFLO desconociera esta relación, ello sí puede predicarse de las terceras de las modalidades previstas en el referido artículo 109, en cuyos elementos no se advierte esta relación, sino unos elementos distintos, vale decir, los atinentes al traspaso de los límites de la Base de Patrullaje Móvil; tanto es así que en el relato que hizo el procesado en su injurada apuntó que ‘...yo nunca hice eso para quedarme en la casa; yo iba a volver y volví’, expresión indicativa de que el soldado regular estaba considerando que regresar no lo haría incurso en el delito de deserción, siendo desafortunado que la imputación fáctica que se puede leer en esa indagatoria no corresponde a los elementos descriptivos y normativos del tipo penal por el que fue acusado y condenado el procesado.

Así las cosas, se puede concluir que el procesado actuó bajo un error de tipo así como se encuentra definido en el siguiente radicado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia” **(Rad. 158146 del 4 de marzo de 2015, M.P. CN (RA) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión.**



52. DESERCIÓN

Límites del juez de instancia para nulitar la resolución de acusación. Naturaleza del delito y prescripción de la acción

“(…) Bajo el sistema procesal de la Ley 522 de 1999, aplicable en la jurisdicción penal militar hasta tanto se implemente el sistema con mayor tendencia acusatoria, contemplado en la Ley 1407 de 2010, al fiscal penal militar le corresponde calificar el mérito del sumario basado en las pruebas legalmente recolectadas por el juez instructor y, de llegar a cumplirse los requisitos sustanciales estipulados en la norma⁶³, acusar a los presuntos infractores ante el juez competente.

63 Ley 522 de 1999, artículo 556. “REQUISITOS SUSTANCIALES DE LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN. El Fiscal dictará resolución de acusación 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”.

Por ello, los cargos deben estar formulados en su totalidad en la pieza calificatoria, para que el procesado tenga la certeza de qué se va a defender en el juicio, debiendo el fiscal, en consecuencia, realizar su labor con diligencia, cuidado y profundidad para cumplir con tal derrotero, y los sujetos procesales interponer los recursos ordinarios cuando consideren que la calificación no acata las exigencias de la norma; en tanto a la etapa de juicio no puede arribarse con incertidumbres puesto que este no es el escenario donde deben concretarse los cargos.

Así entonces, al estructurar la resolución acusatoria, el fiscal deberá tener en cuenta, en punto de la tipicidad, lo siguiente: *i)* Precisión sobre los hechos investigados, lo cual implica determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron fáctico acontecer; *ii)* Señalamiento del tipo penal correspondiente a la denominación jurídica; y *iii)* Circunstancias agravantes y atenuantes modificadoras de la punibilidad.

Conforme a lo dicho, la resolución de acusación se convierte en el marco dentro del cual se debe desarrollar el juicio, buscando, de una parte, que el acusado logre proveerse de una adecuada defensa basada en los cargos formulados y, de otra, que este y los demás sujetos procesales puedan solicitar la práctica de pruebas en esta etapa procesal tendientes a corroborar, degradar o desvirtuar la imputación contenida en la acusación, según sea el caso. (...).

8.2.1 Esta Sala de Decisión ya se ha pronunciado sobre la naturaleza y características del delito de desertión, precisando que corresponde a un tipo penal compuesto de carácter especial, en la medida que describe una pluralidad de comportamientos que contienen ingredientes normativos particulares y autónomos que los identifican. Esta conducta punible registra la presencia de un sujeto activo calificado, que no simplemente corresponde al militar o policial en servicio activo, sino que además debe estar prestando el servicio militar obligatorio y en virtud de ello ostentar la calidad de soldado o infante de Marina regular, bachiller o campesino, auxiliar de policía o auxiliar bachiller, conforme lo establecido por el artículo 216 de la Carta Política y la Ley 48 de 1993⁶⁴.

El tipo penal en cuestión registra la condición de monoofensivo en la medida que está diseñado para proteger un bien jurídico, como corresponde al servicio. Describe igualmente un comportamiento negativo que resulta punible independientemente de sus consecuencias, actuar omisivo y eminentemente doloso que se concreta en el incumplimiento del deber de presencia y permanencia que le asiste al uniformado en observancia del mandato constitucional y legal⁶⁵.

64 El artículo 13 de la Ley 48 de 1993 estableció: Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:
 a. Como soldado regular, de 18 a 24 meses.
 b. Como soldado bachiller, durante 12 meses.
 c. Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses.
 d. Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.

65 Tribunal Superior Militar, radicado 158237, 14 de agosto de 2015, Magistrado Ponente: TC. Wilson Figueroa Gómez.

8.2.3 Esa ha sido la postura mayoritaria del Tribunal Superior Militar desde el año 2015⁶⁶, atendiendo que la praxis judicial nos ha llevado a una mejor comprensión de la estructura óptica del delito de desertión –especialmente en cuanto a su contenido–, y la que se mantiene a pesar de algunas posturas diversas, como aconteció en la providencia del 31 de mayo de 2016 dentro del radicado 158432 de la Sala Cuarta de Decisión de este Tribunal, en la que además se indicó que *‘cualquier expresión que conlleve razonar de forma diferente queda recogida’*, ello en aras de imponer el criterio opuesto al ya traído a colación, que la desertión es un delito de ejecución instantánea.

En tal pronunciamiento se parte de imprecisiones argumentativas para sustentar dicha posición, como que el legislador fijó cinco días de ausencia para considerar consumado y perfecto el delito⁶⁷, y que por prever un término diferente y excepcional para la prescripción de la acción penal de este injusto, normativamente su estructura se modifica y en consecuencia se debe concebir *‘el delito de desertión como de mera conducta y no de conducta permanente’*, razones que desde ya se evidencian frágiles, en tanto confunden la clasificación del tipo penal respecto de la técnica legislativa empleada para redactar los tipos penales, puesto que una cosa es la categoría que distingue al delito entre ejecución instantánea o permanente y otra bien distinta la que los cataloga como de mera conducta o de resultado. (...)”.
(Rad. 158546 del 21 de noviembre de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Tercera Sala de Decisión).



53. DESERCIÓN

No es viable prescindir de la reanudación del servicio luego del cumplimiento de la pena impuesta

“Asimismo, y en el evento en que resultare probado en el expediente penal, que no lo está, irregularidad en el procedimiento de incorporación del señor JAPG, tampoco puede desconocerse que esta circunstancia lo ubicaría en un caso *sub judice* en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado funcionario de hecho o *de facto*⁶⁸, y en tal virtud pertinente es recordar que ante la ley penal son llamados a responder por sus acciones u omisiones tanto los funcionarios de derecho

66 Sobre este asunto, véanse las siguientes providencias del Tribunal Superior Militar: Radicado 158237, 14 de agosto de 2015, Magistrado Ponente: TC. Wilson Figueroa Gómez; radicado 158236, 28 de agosto de 2015, Magistrado Ponente: CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez; radicado 158206, 2 de septiembre de 2015, Magistrado Ponente: CN. Julián Orduz Peralta; radicado 158263, 30 de octubre de 2015, Magistrado Ponente: MY. (r) José Liborio Morales Chinome.

67 Ello en cuanto a las causales 1 y 2 del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010.

68 Estas circunstancias lo ubican en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “funcionario de hecho”, en virtud de que no se reúnen a cabalidad las condiciones que demanda la investidura del funcionario público. La doctrina, así como la jurisprudencia del Consejo de Estado, han definido a los funcionarios de facto o de hecho como aquellos que carecen de investidura o que la tienen, pero de manera irregular, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado y tienen los mismos derechos salariales y prestacionales que el régimen jurídico vigente reconoce a los funcionarios de iure. Los actos administrativos expedidos por ellos son válidos y están amparados por la presunción de legalidad, porque se consideran como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho y porque ejercen sus funciones en condiciones de plena verosimilitud, como lo hacen estos, de modo que la opinión general cre razonablemente que se trata de funcionarios investidos válidamente de función pública. Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “A”. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero Bogotá, D. C., veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009). Radicación 25000-23-25-000-2004-03773-01(689-06).

como los funcionarios de facto; luego bajo estas breves reflexiones se dirá que el argumento esgrimido por la defensa no tiene la capacidad jurídica necesaria para derruir el presupuesto de la tipicidad de la conducta, como bien lo ha predicado el precedente de este colegiado en el entendido de que al enunciar la posibilidad no probada de una irregular incorporación al servicio militar, no es elemento suficiente para predicar la atipicidad de la conducta por el punible de deserción por supuesta falta del ingrediente normativo que cualifica el sujeto activo de la conducta”. (...).

“En este orden de ideas, y por lo analizado en precedencia, el señor JAPG no está exento de que una vez cumplida la pena impuesta en la sentencia de primera instancia adiada 23 de marzo de 2016⁶⁹ continúe cumpliendo el servicio militar por el tiempo que le falte, conforme lo estableció la misma sentencia recurrida, y precisamente porque este mandamiento que enarbola el principio de legalidad para el punible de deserción solo procede para quienes hayan sido condenados por este reato, ya que, como se anotó, dicha disposición es restaurativa dentro del precepto legal quebrantado –artículo 109 de la Ley 1407 de 2010–.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que se hace necesario el cumplimiento de lo resuelto en la sentencia condenatoria de calenda 23 de marzo de 2016⁷⁰ por el juez militar once de brigada para el señor JAPG, cuando en el numeral sexto resolvió: “El SLR. JAPG deberá continuar prestando su servicio militar por el tiempo que le faltara para la época de los hechos”⁷¹, siendo jurídicamente inamovible esta determinación por tener respaldo en la Ley y soportarse en el principio de legalidad, pues la ejecución de dicha disposición, como repetidamente lo hemos destacado, es legítima al cotejarla con el contenido del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010 –Nuevo Código Penal Militar– cuando dispone: “Los condenados por este delito, una vez cumplida la pena, continuarán cumpliendo el servicio militar por el tiempo que les falte” (**Rad. 158456 del 31 de agosto de 2016, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión**).



54. DESERCIÓN

Prescripción dos años. Conducta permanente. Excepción de constitucionalidad

“(…) Jurisprudencial y doctrinalmente se ha dicho que los tipos penales se pueden dividir bajo cuatro criterios básicos, a saber: i) por su estructura, ii) por su contenido; iii) en relación con el sujeto activo, y iv) en relación con el bien jurídico tutelado.

En punto de su contenido encontramos los denominados tipos de conducta permanente, definidos por algunos tratadistas como aquellos en los que el comportamiento

69 Cuaderno original 2, folios 305 al 326.

70 Cuaderno original 2, fls. 305 al 326.

71 Cuaderno original 2, fl. 325.



del agente se vive renovando persistentemente en el tiempo, como sucede con el secuestro, desplazamiento forzado⁷².

El tema viene siendo abordado por esta Sala respecto de los llamados delitos de ausencia, puntualmente con lo atinente al reato de abandono del servicio y de manera indirecta con la deserción, concluyendo que se trata de conductas de ejecución permanente. (...).

Respecto del delito de deserción, concretamente, en lo que atañe a la hipótesis conductual omisiva y dada su innegable naturaleza de injusto de ejecución permanente, el último acto o el momento en que cesa el deber de actuar para efectos del inicio del cómputo del término de prescripción de la acción penal concurre con alguno de los siguientes eventos, el que tenga primero ocurrencia: i) por regla general, cuando se realicen actos positivos demostrando la cesación de la ilicitud; ii) con la captura o el desacuartelamiento del contumaz⁷³, cuando se produzca antes del cierre de investigación, y iii) con la ejecutoria del auto mediante el cual se cierra la investigación, cuando no se haya dado ninguno de los anteriores presupuestos⁷⁴.

Así entonces los dos primeros eventos para el delito de deserción en casos como el que nos ocupa se traducen en la presentación del uniformado a sus superiores o en su detención física en tanto ha cesado su desertor comportamiento, bien motu proprio o porque el Estado ha asumido el control de las actividades del procesado al privarlo de la libertad. Por otro lado, en el momento de extinguirse la obligación jurídica de presencia y permanencia se ejecuta por última vez la conducta omisiva, puesto que cesa el deber de continuar en el servicio por parte de ciudadano que previa y legalmente ha sido incorporado a él, razón por la que proferido el acto administrativo de desacuartelamiento finiquita la conducta punible.

El último evento surge en aquellas situaciones donde no ha sido posible que el desertor se presente, su captura se produce después del cierre de investigación o, simplemente, no se ha podido llevar a cabo su aprehensión. (...).

8.2. Interrupción del término de prescripción de la acción penal

El segundo cuestionamiento por abordar es cómo interrumpir el término de prescripción si actualmente no es factible llevar a cabo audiencia de imputación de cargos por cuanto no ha sido posible implementar el nuevo sistema penal acusatorio en la justicia penal militar.

En efecto, de acuerdo con el principio de legalidad reglado en las codificaciones castrenses, el miembro de la fuerza pública solamente podrá ser procesado, juzgado o condenado conforme a las leyes preexistentes al acto que se le atribuye.

72 Manual de derecho penal, parte general, Fernando Velásquez V., quinta edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

73 Ver sentencias T-628 de 2013, M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero, y T-626 de 2013, M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos, Corte Constitucional.

74 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 20 de junio de 2005, radicado 19915, Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Dicho principio, sostuvo esta Sala de Decisión, nació de la Revolución francesa y del advenimiento del Estado de derecho por oposición a la monarquía y el absolutismo, hallándose consagrado en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 29 al indicar que *'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa'*, abarcando este precepto tanto lo atinente a los delitos como lo correspondiente a las penas, erigiéndose así en la esencia de la protección de la libertad individual frente a la eventual arbitrariedad o yerro en que puedan incurrir los funcionarios judiciales en ejercicio de su deber funcional, garantizando de paso el principio de igualdad de las personas ante la ley y el de seguridad jurídica⁷⁵. (...)

Si de acuerdo a lo analizado en el numeral anterior consideramos que el delito de deserción es de aquellos de ejecución permanente y que el artículo 78 de la Ley 1407 de 2010, de similar contenido al artículo 85 de la Ley 522 de 1999 y al artículo 84 del Código Penal, preceptúa desde qué momento se debe iniciar a contar el término de prescripción de la acción penal, para el caso particular tenemos que el último acto de ejecución del injusto concurrió, habida cuenta de la conducta de ausencia desplegada por el procesado –la misma que ha perpetuado hasta la presente fecha–, con la ejecutoria del auto mediante el cual se clausuró el ciclo investigativo, esto es, 27 de junio de 2014.

De esta manera, con total independencia de que el término por aplicar respecto del fenómeno extintivo de la acción penal en estudio sea un (1) año, señalado en el Código Penal Militar de 2010, o el previsto en su homólogo de 1999, el cómputo del mismo sería a partir del 27 de junio de 2014. Por lo tanto, habrá de concluirse que no transcurrieron 6 meses desde la ejecutoria del auto que decretó el cierre de investigación y la ejecutoria la resolución de acusación, que data del 23 de diciembre de 2014, acto procesal que, se itera, ha sido considerado como el hito que interrumpe el término prescriptivo, como se viene analizando, razón por la cual no era factible decretar la prescripción de la acción penal, como al efecto lo hizo el juez de instancia de la Fuerza Naval del Caribe.

8.3 Modificación legislativa y reducción del término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción

Más allá de lo dicho, para esta Sala de Decisión es claro que la interpretación de las normas debe tener como punto de partida un análisis constitucional, bajo las condiciones particulares y cambiantes de la sociedad. Así entonces, ante las prolíferas decisiones que en torno al término prescriptivo del delito de deserción ha producido esta Corporación y en punto de conocer, a partir del método finalístico de interpretación, que responde a la idea de que es necesario identificar la finalidad o propósito que persigue la norma interpretada, las razones por las cuales el legislador redujo el término de prescripción de la acción penal únicamente para el delito de deserción –hecho que salta a la vista con la simple comparación de las Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010–, todo ello con miras a solventar el asunto sometido a conocimiento de la Corporación, la

⁷⁵ Tribunal Superior Militar, Tercera Sala de Decisión, radicado 158203-008-I-008-EJC, sentencia del 15 de julio de 2015, Magistrado Ponente: Capitán de Navío Julián Orduz Peralta.



Sala escudriñó el trámite legislativo que surtió la Ley 1407 de 2010 en punto a dicho tópico, encontrando una serie de circunstancias que a continuación se esbozarán, ello habida cuenta de su eventual incidencia en futuras decisiones.

De acuerdo a lo publicado en la Gaceta 660 del Congreso de la República de Colombia del 22 de septiembre de 2005, el Ministro de Defensa Nacional presentó⁷⁶ ante la Secretaría General de la Cámara de Representantes el proyecto de ley *‘por medio del cual se expide el Código Penal Militar’*, siendo remitido a la Comisión Primera de esa Cámara para su respectivo estudio, célula legislativa en que fue radicado bajo el número 144 de 2005. (...)” **(Rad. 158236 del 28 de agosto de 2015, M.P. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Sala Tercera de Decisión).**



55. DESOBEDIENCIA

Características de la orden que le interesa a este punible

“Por otro lado, tenemos que dicha orden fue emitida por la persona facultada para ello, es decir, el SV. JPZ, quien tenía atribución de mando y a la vez fungía como comandante de pelotón del procesado; por tanto, dicha orden, tal y como lo señaló el a quo en su sentencia, se ajusta a la exigencia del artículo 30 de la Ley 836 de 2003.

De igual forma, había relación de subordinación entre el procesado y su comandante de pelotón, factor que vinculaba su ejecución respecto del procesado, y además estaba relacionada con el servicio y con las funciones propias de las fuerzas militares, que para este caso era la misma seguridad de la tropa en orden público, lo cual es uno de los fines principales del servicio de centinela en campaña, por ello la orden deviene legítima.

Continuando con los demás requisitos de la orden militar, se aprecia que es oportuna, clara, sin ninguna duda para su cumplimiento; lógica, que evidentemente se pueda consumir y ejecutar; precisa, establece en qué consiste la misma y sobre qué o quiénes recae; concisa, es expresada exactamente y bajo las formalidades previstas para ello, siendo de manera verbal o por escrito como en este caso donde la orden está consignada en un documento, por lo que queda demostrado que la orden emitida al procesado tenía como finalidad el cumplimiento de una actividad del servicio que debía cumplir al día siguiente, pero a pesar de que en dicha orden del día se dispone su comunicación a los interesados, la publicidad de dicha orden no está demostrada en el paginario.

Hasta este punto pareciera que con lo anterior se pudiera continuar con el examen de tipicidad para la conducta de desobediencia endilgada al procesado, empero dicha orden al estar contemplada en un documento denominado orden del día,

el cual constituye un acto administrativo, exige como requisito para que sea eficaz, su publicidad, es decir no es suficiente con su expedición por quien está facultado para ello, sino que se hace forzoso que el destinatario o destinatarios conozcan su contenido, en este caso consistía en una orden de prestar centinela en un lugar y hora determinados.

Sin embargo, haciendo una revisión del plenario, no se acredita el requisito de publicidad de la orden del día 213 de fecha 01 de diciembre de 2012 a sus destinatarios, a pesar de que la misma así lo dispone en su parte final, es decir, a los soldados profesionales del primer pelotón de la compañía ‘Aguiles’ del Batallón José Hilario López, donde estaba incluido el procesado, contrario a la postura del a quo, quien aseveró el pleno conocimiento de la orden por parte del procesado (...).

Para la Sala es claro que se partió de una presunción del dolo para proferir sentencia contra el inculcado, pues, como se ha dicho, no se estableció en el proceso la publicidad de la orden del día donde se consignaba el turno de centinela del procesado, tampoco la ubicación del puesto de centinela que este no asumió, si fue relevado o no por otro soldado del turno que le correspondía, y si efectivamente prestó o no prestó el turno de centinela. (...).

No se logra probar el dolo del procesado respecto del delito de desobediencia endilgado, no es claro si conocía el turno en que debía recibir, por lo que no se puede predicar que obró con conciencia y voluntad de sustraerse del servicio mientras discutía el asunto de los víveres con su comandante de pelotón; lo que surge son dudas respecto a la publicidad del documento orden del día 213 de fecha 01 de diciembre de 2012, donde se consignó la orden que el procesado incumplió, y que como consecuencia fue condenado por el delito de desobediencia a 20 meses de prisión” **(Rad. 158130 del 29 de enero de 2015, M.P. CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión.**



56. DESOBEDIENCIA

El dolo como componente de la voluntad

“(...) Para la Sala es claro que al realizar el análisis de la conducta investigada, no solo corresponde adentrarse en el aspecto puramente material u objetivo, sino que aunado a ello debe examinarse el componente de orden subjetivo, esto es, el dolo para el caso del reato objeto de análisis y los demás elementos de tal índole que necesariamente deben agotarse en sede de tipicidad, tema sobre el que la honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho que *‘el mismo se agota, en sede de tipicidad, con el conocimiento de los hechos y la voluntad, y en el escaño de la culpabilidad, con el conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento’*⁷⁷, para finalmente

77 Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. Radicado 31357 - Sentencia del 23 de junio de 2010. M.P. Dr. Augusto Ibáñez Guzmán.



realizar el juicio de reprochabilidad o exigibilidad, es decir, la valoración negativa para determinar la responsabilidad penal. (...).

Y no se comparte por la potísima razón de que, independientemente de la finalidad buscada por el procesado y hacia cuya consecución dirigió su acción, también final, axiomático resulta que la voluntad del mismo estuvo dirigida al incumplimiento de la pluricitada orden, pues no de otro modo hubiera podido alcanzar aquella. En otras palabras, no obstante sabedor de los elementos del tipo objetivo de la desobediencia, quiso incumplir dicho mandato y efectivamente lo hizo, ello al punto que nunca asumió el comando del pelotón de contraguerillas de Infantería de Marina 'Atacante 5', resultando, de contera, alejado de la realidad probatoria y material, y ajeno de la dogmática penal imperante en Colombia, el afirmar que su acción final careció de dolo en tanto la voluntad nunca se dirigió al mentado incumplimiento. (...).

Como tercer elemento, tenemos que el grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena, de tal manera que a su autor se le aplica una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad⁷⁸, la que implica tres aspectos fundamentales de exigibilidad: la sistemática o imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la de un comportamiento correcto. Respecto de la primera, de las pruebas legalmente recolectadas no se evidencia que UR haya sufrido para el momento de los hechos un trastorno mental o inmadurez psicológica que haya obnubilado sus capacidades para comprender y guiarse adecuadamente, como bien se extrae del discurso recursal presentado por el opugnante, no empece, bueno es acotar, la dilogicidad de este, pues por un lado consigna que el tratamiento al que se vio sometido el encartado fue posterior al hecho investigado y, por otro, acto seguido recurre a un esfuerzo por justificar que la voluntad del precitado suboficial se mantuvo incólume a pesar de tal tratamiento. (...)" **(Rad. 158488 del 14 de diciembre de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Tercera Sala de Decisión).**



57. DETENCIÓN DOMICILIARIA

No es aplicable en la jurisdicción castrense

"Esta cita deja claro cuál era la voluntad del legislador, como de la jurisprudencia respecto de la improcedencia de la detención domiciliaria dentro del procedimiento penal militar, por lo que, insistimos, no existe vacío ni omisión legislativa, sino, al contrario, la voluntad de no incorporar este subrogado en el Código Penal Militar, dada la particular naturaleza de la fuerza pública, la vocación de norma especial frente a la general. Por manera que acudir al artículo 14 de la citada normatividad castrense, para que por vía del principio de integración se traigan los artejos

38 y 38B de la Ley 599 de 2000 y sus modificaciones de la Ley 906 de 2004, no resulta viable toda vez que hacerlo sí se opone a la naturaleza del Código Penal Militar.

Preveía el legislador de 1999, en el canon 44 de la Ley 522, que las penas principales eran prisión, arresto y multa y como subrogados se establecía la condena de ejecución condicional y la libertad condicional, en los artículos 71 y 75 respectivamente, normas que se replican en los artoes 63 y 64 de la Ley 1407 de 2010, aquella definida como suspensión condicional de la ejecución de la pena, pero ontológicamente preservando su filosofía y contenido.

No deben dejarse de lado los principios que gobiernan las sanciones penales consagrados en el canon 12 del nuevo Código Penal Militar, que establecen los criterios de prevención general y especial, negativa y positiva, génesis de la voluntad legislativa para instituir dentro de la concepción general el impacto social de la pena, y en lo especial negativo la sanción impuesta al miembro de la fuerza pública objeto de censura, pero en cuanto hace a lo especial positivo propendiendo a la resocialización del condenado; dentro de ello se dispuso que tales propósitos no se alcanzarían con la sanción extramural o la sustitutiva de prisión domiciliaria.

Idéntica situación ocurre con el principio de favorabilidad, que no resulta aplicable, pues no se trata de un conflicto de normas, toda vez que por principio de especialidad, la ley sustantiva, procesal sustancial, es la penal militar, y, como se ha advertido, ella no concibe la prisión domiciliaria; traer tal instituto choca con la naturaleza del Digesto Punitivo Castrense, pues se tiene que las figuras jurídicas enfrentadas carecen de regulación en las dos codificaciones. Ahora bien, para que sea aplicable la favorabilidad, debe tenerse una serie de criterios, sobre los cuales ha sido prolija la jurisprudencia, los cuales desde la perspectiva formal y material no se ajustan al caso en estudio, a más que conforme a la ley penal militar, tal y como se dijo en la sentencia de primer y segundo grado, incluso por la Corte cuando se intentó la casación inadmitida, que en tratándose de un delito contra la Administración Pública no procedía el subrogado de la condena de ejecución condicional, como se determinó en el numeral séptimo de la sentencia del 17 de septiembre de 2012, y se ratificó por el ad quem en el fallo del 05 de septiembre de 2013 por estar ajustado a derecho, conforme a las voces del artículo 71-3 del Código Penal Militar de 1999, norma aplicable al caso por la fecha de los hechos; y a más de la improcedencia del arto 63 del nuevo Código Penal Militar por resultar su invocación más gravosa al condenado, sugerencia en la que yerra el censor.

Bajo este entendido, no resulta certero, como lo manifiesta la defensa, expresar que el Código Penal Militar trae un 'trato discriminatorio' frente a los derechos fundamentales del núcleo familiar, que ha de resolverse por vía de los principios de integración o favorabilidad con la aplicación de las normas que regulan la materia en las leyes 65 de 1993 y 1709 de 2014, pues el trato diferencial previsto por el legislador en su libertad de configuración no significa, reiteramos, traza discriminatoria, sino que a partir de la naturaleza de la función y las particulares condiciones



del sujeto activo, tal instituto no es aplicable. (Rad. 151359 del 12 de junio de 2015, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



58. DEVOLUCIÓN DEL PROCESO AL INSTRUCTOR POR PARTE DEL FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL

Rigurosidad del fiscal penal militar en el estudio de la actuación

“En ese contexto, el yerro radica no en la simple extensión de los términos, sino en la creación de una nueva etapa procesal, la cual conlleva el desconocimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la acción penal, como el de *favor libertatis*, conducencia y pertinencia de la prueba, interpretación pro homine, respeto de garantías procesales y especialmente en el caso *sub judice* la perentoriedad de las etapas procesales, etapas que su desarrollo debe obedecer a una planeación metódica y de impulso procesal. Por ello no se ha de entender que en esta decisión se está considerando que sobrepasar el término de treinta (30) días para la investigación constituya nulidad.

Con la claridad anterior, ha de señalarse que la legalidad y legitimidad de la actuación por parte del fiscal penal militar, sin punto de discusión, es que tiene la oportunidad procesal para regresar el proceso a la instrucción por una única vez, y en tal sentido surge el deber de aquel fiscal de realizar un estudio juicioso y riguroso sobre las diligencias que le permita determinar qué medios de prueba le hacen falta para poder cumplir con la fase de calificación y emitir resolución de acusación o cesación de procedimiento.

De manera que si decide regresar el proceso a la instrucción, en esa oportunidad que la ley le brinda, ha de tener la suficiente claridad sobre el presupuesto de la prueba mínima requerida para entrar a calificar y al mismo tiempo la precisión sobre la prueba mínima necesaria para acusar o para cesar procedimiento, y así se lo debe hacer conocer al juez de instrucción, para que este en su labor investigativa entienda el propósito de las nuevas pruebas ordenadas y en tal concepción incluso pueda practicar otras que se deriven de las primeras, en pro de ese propósito. Una labor así desarrollada por parte del fiscal militar cumpliría a cabalidad con la filosofía de celeridad y eficacia que busca el procedimiento especial abreviado. (...).

Bajo la consideración anterior, resultaría ilegítimo regresar el proceso a la etapa de instrucción por parte del fiscal militar en una segunda oportunidad ante la evidencia de ser pruebas diferentes a las contempladas en su primer estudio; permitirlo sería, además de vulneratorio de las formas propias del juicio, generar la mala posibilidad en el fiscal penal militar de que disponga de pruebas distintas cada vez que el proceso le llegue para calificar, generando con ello vulneración a la garantía que tienen los procesados de obtener una decisión judicial dentro de

un plazo razonable y de contera afectar la garantía de un proceso, con dilaciones injustificadas.

Bajo este contexto, el fiscal penal militar tiene el deber, como todos los funcionarios, de afrontar esa primera oportunidad de valoración con absoluta rigurosidad; y si decide regresar el proceso a la instrucción, lo ha de hacer con la debida motivación y claridad sobre cuáles son los medios de prueba que extraña, para cumplir con las exigencias de prueba mínima para calificar, mensaje que recibirá el funcionario instructor y en el cual enmarcará su esfuerzo investigativo en pro de la satisfacción de aquella prueba mínima necesaria que el fiscal requiere. (...).

Partiendo de lo anteriormente expuesto, es decir, que el debido proceso tiene una concepción formal en el entendido de la ritualidad legal, también está la concepción material, entendida como el conjunto metodológico de una sucesión compuesta, escalonada y consecutiva de actos regulados en la ley procesal, en busca de un fin que dentro de un Estado social de derecho no es otro que la aproximación a la verdad histórica de los hechos que se investigan, con respeto por los derechos fundamentales y la vigencia del derecho sustancial. (...).

De manera que se deben salvaguardar los derechos sustanciales mencionados, tanto la reconstrucción de la verdad histórica como los derechos del procesado, y en tal sentido esta Sala no comparte el argumento del fiscal, pues aquella decisión de regresar el proceso por segunda vez, además de incluir pruebas diferentes a las inicialmente ordenadas en ambos momentos de su decisión, decide ordenar enviar el proceso a instrucción, sin precisar la finalidad de las pruebas dentro del presupuesto de prueba mínima para calificar, prueba mínima para acusar o prueba mínima para cesar.

De otro lado, en cuanto a los derechos sustanciales del procesado, se dirá que el Estado a través del fiscal militar tiene la carga de derruir la presunción de inocencia del procesado y en tal propósito ha de respetar los derechos fundamentales del mismo, los cuales están garantizados en sus reglas como trámite de procesos sin dilaciones injustificadas, decisión judicial dentro del plazo razonable y el respeto por las formas propias del juicio o preclusión de las etapas procesales. De manera que estas subreglas constituyen garantías sustanciales que se han de respetar, y en ese orden de ideas la decisión del fiscal de dilatar el proceso sin límite de tiempo alguno con el fin de buscar prueba para presentar acusación y buscar condena pondría en riesgo también aquellos derechos sustanciales.

Consecuente con ello, surge que la creación de una etapa no regulada en la ley procesal afecta la resolución del conflicto dentro del plazo razonable que el legislador previó en un proceso abreviado o especial. Igualmente, afecta la garantía de un juicio justo sin dilaciones indebidas, al igual que se vulnera la garantía de las formas propias del juicio. En términos generales, la actividad procesal ha de desarrollarse dentro de los periodos determinados en la ley y bajo los presupuestos establecidos; de lo contrario, se afectaría el principio de preclusión de las etapas procesales.

La insistencia del fiscal militar de prolongar la investigación en el procedimiento especial contrariando la prohibición legal significa el desconocimiento de que la calificación del proceso tiene dos opciones, acusar o cesar la causa, y cada una de ellas a su vez tiene presupuestos de prueba mínima para su estructuración. Luego obrar al margen de estos presupuestos, y prolongar la investigación a más de dos ciclos en el procedimiento abreviado, puede atentar contra derechos fundamentales del procesado. (...).

Establecido queda entonces que en el caso *sub judice* el fiscal penal militar incurrió en un yerro procesal al crear dentro del procedimiento abreviado o especial una segunda prórroga en la etapa de investigación, separándose indebidamente del principio de legalidad procesal en cuanto a que nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente, al tiempo de la actuación procesal, con observancia de las formas propias de cada juicio. (...).

Consecuente con lo anterior, ha de recordarse que la presente causa ha abandonado los criterios de celeridad, efectividad y economía procesal, pues de los treinta (30) días que prevé la ley para agotar la etapa investigativa, en el caso *sub judice* el Fiscal cuando decide en la primera oportunidad prorrogar el término investigativo, en la causa ya transcurrían siete (7) meses en el recaudo de pruebas. Sin embargo, el proceso por esta prórroga permaneció cinco (5) meses más en investigación, para concluir que aquel 1.º de julio del 2014, cuando el fiscal militar erróneamente decide regresar por segunda vez el proceso a la etapa instructiva, esta ya avanzaba por los doce (12) meses, lo que no se compadece con el término perentorio que la ley contempla de treinta (30) días, con una única prórroga de diez (10).

Obsérvese cómo la praxis judicial ha llevado a la errónea concepción de que lo normal es que un procedimiento especial militar supere el término perentorio de treinta (30) días previsto en la ley, al punto que dicho lapso se ha convertido en la excepción; con tal deformación se generó la falsa creencia de que dentro del procedimiento especial es normal y ajustado a la ley que el fiscal regrese en más de una oportunidad las diligencias a la etapa instructiva con el argumento aislado y asistemático de que las formas procesales deben ceder ante lo sustancial, y en tal valoración olvidan que también son derechos sustanciales los que amparan al procesado, como la decisión dentro de un plazo razonable, la garantía de un proceso sin dilaciones, al igual que la garantía del respeto por las formas propias del juicio. (...)

El yerro de esa segunda devolución a la etapa instructiva radica en la falta de concreción del fiscal penal militar para establecer cuáles en el caso *sub judice* son los presupuestos de prueba mínima para calificar, o cuáles son los presupuestos de prueba mínima para acusar, e incluso cuáles son los presupuestos de prueba mínima para cesar procedimiento. El mismo fiscal en su decisión afirma que no es correcto violentar las normas procesales...

Las razones expuestas son suficientes para señalar la existencia del yerro procesal en la presente causa a partir de la decisión del fiscal penal militar contenida en el auto del 1.º de julio de 2014, surgiendo así el deber de corregir el acto irregular, y en

tal propósito la declaratoria de nulidad ha de avanzar por el filtro de los principios que orientan su declaratoria, y en tal sentido se dirá que la vulneración al debido proceso es una causal taxativa de la nulidad, en el presente caso, por afectación de las garantías procesales a las formas propias del juicio, plazo razonable y dilaciones injustificadas. El remedio será que las diligencias regresen al fiscal militar para que conforme a su competencia entre a calificar y para ello habrá de anularse esa etapa instructiva creada erróneamente por el fiscal militar, siendo este por vía del principio de residualidad la única forma de enmendar el agravio causado al debido proceso” (**Rad. 158086, 25 de febrero de 2015, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión**).



59. DOLO

Diferencia entre el eventual y el directo (caso homicidio)

“De los confusos argumentos el juez de instancia lo que indica en su sentencia es que el procesado actuó con dolo eventual respecto del homicidio de RDCL (ocupante de atrás en la motocicleta) y dolo de segundo grado respecto de la tentativa de homicidio de que fue víctima RACS (conductor de la motocicleta).

Consideramos que tal apreciación, además de errada, es equivocada frente a la dogmática jurídica penal, toda vez que se trató de un dolo directo de primer grado, intencional o inmediato respecto del resultado producido –homicidio y tentativa de homicidio–. Esta clasificación del dolo es definida por la doctrina como ‘...aquel que se presenta cuando la realización del tipo ha sido perseguida de manera directa por la voluntad del agente; así, verbigracia, el autor quiere hurtar y lo lleva a cabo, quiere matar y lo ejecuta. Como se ve, en esta especie de dolo directo predomina el componente volitivo sobre el cognoscitivo, y a él se refiere el artículo 22 en su primera parte: ‘la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización’, con lo que no queda ninguna duda en el sentido de que esta modalidad de dolo requiere tanto un componente intelectual como volitivo” (...).

“De lo anterior se infiere que en el escenario de los hechos el procesado tenía un conocimiento actual y real de lo que estaba haciendo al cargar, desasegurar y apuntar con su fusil al blanco que tenía de frente, incluso en la selección de la parte del blanco a donde apuntó. El procesado actuó con una finalidad directa motivada más por la voluntad (querer) que sobre el mismo conocimiento, que es lo que caracteriza esta modalidad de dolo, voluntad que se evidencia cuando este se decide a disparar contra los ocupantes de la motocicleta y así exteriorizar sus intenciones, lo que de plano descarta el dolo en segundo grado, pues en esta última predomina el componente cognoscitivo.

No podemos hablar de un dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias respecto de la tentativa de homicidio de la que fue víctima RACS tal y



como lo planteó el fallador de primera instancia en su providencia. Esta clasificación está definida por la doctrina de la siguiente manera: '*... que se presenta cuando el actor –para la realización del fin propuesto– asume los efectos concomitantes derivados de modo inevitable de la puesta en marcha de la acción; así por ejemplo, el homicida que para lograr la muerte de la víctima, a la que pretende eliminar con el estallido de una bomba del vehículo, asume el deceso del conductor que lo acompaña a diario, por lo cual este último resultado (verdadero efecto concomitante de la acción) aparece ligado en la conciencia del autor con el fin querido por él, de una manera necesaria...*'⁷⁹.

La intencionalidad del procesado no tenía como fin único y específico dar muerte al ocupante de atrás de la motocicleta, asumiendo como probable la muerte del conductor, que estaba adelante, para llegar a su objetivo, pues esto sería un contrasentido desde el punto de vista dogmático, pues claro es que el disparo fue dirigido con la intencionalidad (voluntad) de impactar a los dos ocupantes de la moto, que formaban un solo blanco a corta distancia del procesado, solo que por circunstancias ajenas a la voluntad del agente el conductor no murió, pero sí resultó gravemente lesionado como se describe en el dictamen de Medicina Legal (...).

Tampoco podemos aceptar la teoría del dolo eventual respecto de la muerte del ocupante de atrás de la motocicleta, es decir, RDCL, figura definida por la doctrina como '*... mal llamado condicionado, porque, sin duda, la voluntad de realización del tipo es incondicional cuando el agente asume como probable la realización del tipo penal, con el consiguiente menoscabo para el bien jurídico tutelado, y, a pesar de ello, actúa para alcanzar el fin perseguido. Así sucede, por ejemplo, cuando el autor al disparar en la vía pública sobre su víctima, a la que le da muerte, deja librada la suerte de la lesión –que también se produce– del peatón ocasional...*'⁸⁰.

Frente a este punto, la muerte de RDCL (ocupante de atrás de la motocicleta) no encuadra en la definición del dolo eventual, donde predomina el conocimiento sobre una voluntad disminuida en el autor, que se traduce en la aceptación del resultado no querido. En este estadio del dolo el autor deja librado al azar el curso causal y lo hace no interviniendo en lo absoluto, adoptando la indiferencia porque acepta la probable producción del resultado que no quiere. Por el contrario, lo que se evidencia es la intencionalidad del procesado de agredir tanto al conductor como al ocupante, intención que fue contemplada por el agente y a la vez ejecutada por este dadas las circunstancias en que se dieron los hechos ya explicados, pues en este evento en particular que calificó el juzgador primario como dolo eventual es donde se evidencia de manera clara el dolo de primer grado.

Como corolario de lo anterior se puede colegir que el procesado sabía que su obrar resultaba idóneo para atentar contra la vida de RDCL y RACS, razón suficiente para afirmar que su proceder fue intencional, atentando de manera inequívoca contra las víctimas referidas, permitiendo afirmar que, respecto del resultado, este

⁷⁹ *Ibid.*, pág. 625.

⁸⁰ *Ibid.*, págs. 625, 626.

se concretó en un dolo directo de primer grado” (Rad. 157204 del 14 de marzo de 2016, M.P. CN. (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Cuarta Sala de Decisión).



60. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Se debe tener en cuenta la legislación vigente en el momento de los hechos, salvo cuando deba aplicarse el principio de favorabilidad

“Pese a lo anterior, considera la Sala que el juez de instancia erró al seleccionar la Ley 1407 de 2010 para determinar el marco punitivo, teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron en vigencia de la Ley 522 de 1999, por lo que para aplicar la nueva regulación, ha debido justificar en términos del principio de favorabilidad la razón por la que acudía al nuevo ordenamiento penal militar y desechaba el anterior.

“Téngase presente que la Ley 522 de 1999 adopta un sistema discrecional, aunque limitado, para la fijación de la pena, en tanto que la Ley 1407 de 2010 establece el sistema punitivo de movilidad por cuartos. Al existir diferencias sustanciales en el procedimiento de fijación de la pena, ha debido el juez explicar la razón por la que el nuevo ordenamiento resultaba más favorable al procesado. Debe recordarse en este sentido que la Corte Suprema de Justicia ha precisado que no debe descartarse a priori la aplicación de uno u otro sistema, porque su favorabilidad solo puede determinarse luego de estudiar cada evento; al efecto, basta reproducir el siguiente texto, que perfectamente puede ser aplicado a nuestro sistema penal militar, dada la transición de leyes entre la 522 de 1999 y la 1407 de 2010, muy similar a la ocurrida entre el Decreto 100 de 1980 y la Ley 599 de 2000 (...):

‘En el caso concreto, como no existen circunstancias de agravación y solo existen circunstancias de atenuación, estuvo bien que el juez fijara el marco de movilidad dentro del cuarto mínimo, comprendido entre los 36 y los 48 meses de prisión, de manera que para el caso presente es más favorable el sistema punitivo de la Ley 1407 de 2010 teniendo en cuenta que el ámbito de discrecionalidad del juez queda comprendido dentro de este cuarto a contrario de lo que sucedería en la Ley 522 de 1999, donde la discrecionalidad estaría determinada por el mínimo y el máximo de la pena señalada para el correspondiente delito; por ende, el nuevo sistema indudablemente es más benéfico para el procesado, ya que al no existir circunstancias de mayor o menor punibilidad, el sentenciador invariablemente debe moverse estrictamente dentro del cuarto mínimo.

Entonces, por favorabilidad, era necesario tasar la pena de acuerdo con el procedimiento consagrado en la Ley 1407 de 2010, como efectivamente lo terminó realizando el juez, aunque sin ninguna justificación como ha quedado explicado” (Rad. 156006 del 9 de junio de 2015, M.P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO. Primera Sala de Decisión).

61. DUDA

Debe resolverse a favor del procesado cuando no haya forma de eliminarla

“Como bien lo han escindido las partes, nos encontramos frente a dos hipótesis delictivas, dentro de las cuales existen medios de convicción que refuerzan una y otra, pero que en ningún caso logran desvirtuar completamente la duda que sobre las dos pesan, puesto que se trata de la versión del procesado contra la del denunciante, ya que no existieron testigos directos de los hechos, y los testimonios de cargo que se recibieron al respecto se encuentran llenos de contradicciones e inexactitudes, lo cual permite fortalecer la hipótesis del procesado” (...).

Cuando se alega que el juez incurre en error de hecho por quebrantamiento de los postulados de la sana crítica, se está obligado a un análisis concreto sobre cuál es la máxima de la experiencia que se desconoce por cuenta del fallador e identificar cuál era la regla correcta que debía aplicarse para esclarecer el asunto. Sin embargo, frente a este deber se limitó el apelante a anteponer sus propias conclusiones sobre el interés que tenía el procesado en cometer el ilícito, pero no en postular adecuadamente un juicio hipotético a partir del recaudo probatorio que nos condujera a tener que aceptar que de acuerdo con las máximas de la experiencia sí era posible, lógico y razonable que el subintendente CHJA pudiera llegar a destruir, suprimir u ocultar el documento público en cuestión.

Si utilizamos el sentido común como fuente primaria de donde provienen las reglas de la experiencia, fácilmente podemos deducir que un servidor público que pretenda cometer una irregularidad administrativa o penal no la realizaría de modo tan natural y público frente a la propia sociedad que pretende censurar y menos destruir abiertamente documentos que por sus años de antigüedad en el área de tránsito y transporte de la Policía Nacional sabe y conoce de sobrada manera son susceptibles de procedimientos especiales dado que su control y vigilancia es estricto al nivel que cualquier anulación o modificación debe ser informada inmediatamente al superior correspondiente. Lo lógico es que modifique el contenido del documento en forma privada para que este no se pueda hacer efectivo en cuanto a su cobro, pero no que lo destruya y lo bote al piso, puesto que se vería en grandes problemas para poder justificar la forma en que se le extraviaron los originales.

En consecuencia, como la duda persiste a pesar de la aplicación del sistema de valoración probatorio de la sana crítica⁸¹ petitionado por el impugnante, puesto que de realizarse el ejercicio, como lo propone en su recurso, se correría el riesgo de caer en un falso raciocinio por inadecuada o mala aplicación de una regla de la experiencia en la medida que estaríamos contradiciendo la naturaleza y lo que

81 “(...) -que no es nada distinto al sometimiento de las pruebas a las leyes o reglas que regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y las conductas frente a la sociedad, de acuerdo con lo admitido por ella misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos, todo cumplido en forma ‘sana’, esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables, y crítica, es decir, que con base en ellos los hechos objeto de valoración, entendidos como criterios de verdad, sean confrontados para establecer si un hecho y acción determinado pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos”. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 4 de septiembre de 2002, radicación 15884. Radicado 28.788, 6 de marzo de 2008.

ordinariamente ocurre en el mundo de los hombres cuando de delitos contra la Administración y la fe pública se trata, no queda opción diversa para la Sala que acoger la sentencia de primera instancia, que absolvió al procesado por el delito de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público ante el derecho que tiene todo inculpado de que las dudas se resuelvan en su favor siempre y cuando no haya existido modo de eliminarlas (**Rad. 158279 del 30 de noviembre de 2015, M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Cuarta Sala de Decisión**).



62. EJECUTORIAS

Las decisiones interlocutorias de segunda instancia contra las que no procede recurso alguno quedan en firme en la fecha en que son suscritas, y su notificación obedece al principio de publicidad

“No sobra advertir que la decisión de segunda instancia del pasado 19 de diciembre de 2013 es una decisión interlocutoria contra la que no procede recurso alguno y, por ende, quedó ejecutoriada cuando fue suscrita por el fiscal penal militar como en su concepto ante esta instancia lo recordó el distinguido representante del Ministerio Público. Sin embargo, en este sentido lo relativo a la notificación de la decisión obedece al principio de publicidad de las decisiones judiciales. Sobre este tema específico debe hacerse remisión a las previsiones del artículo 187 de la Ley 600 de 2000 en virtud del principio de integración previsto en los artículos 18 y 14 de las leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010. Precisamente la Corte Constitucional en la sentencia C-6641 de 2002 se refirió al examinar demanda de inconstitucionalidad contra esta disposición, la declaró ajustada a la norma, aunque entendiendo que los efectos jurídicos de esta clase de decisiones se surten a partir de la notificación de las mismas” (**Rad. 158352 del 12 de febrero de 2016, M.P. CN. (RA) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión**).



63. ESQUEMAS DEL DELITO

Su mixtura genera inseguridad jurídica

“La postura del juez inquieta a esta instancia, pues su decisión carece de argumentación dado el endeble respaldo probatorio, a más que en su precariedad confunde el esquema del delito que hoy dispone el legislador de 2010 en la Ley 1407, normatividad aplicable al caso en estudio, con desuetos esquemas causalistas que concebían el dolo como forma de culpabilidad, definiéndolo como valorado o *dolus malus*, dada la conciencia de antijuridicidad. Hoy esta propuesta ha sido superada con génesis en el finalismo, que entendió el dolo como elemento subjetivo del tipo, y dado el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal, postula el dolo como neutro; categoría dogmática que hoy se mantiene en el esquema funcionalista normativo y que determinó el legislador penal militar en el código de

2010 en sus artículos 15 y 24, por lo que resulta en extremo desafortunada la asistemática fusión antidogmática que hace el juez instructor cuando intenta respaldar su equivocada decisión.

Cada categoría y esquema del delito en la evolución del derecho penal tiene su propia dinámica, consulta el programa de derecho penal de la época dispuesta en la Carta Política, por lo que no se pueden desatender, ni fusionar sin más, esquemas superados o entremezclarlos para elucubrar y romper la dogmática, ello genera inseguridad jurídica al vulnerar el principio de legalidad; no puede olvidar el instructor que la dogmática es un conjunto sistematizado de conocimientos que racionaliza el poder punitivo del Estado, permite llegar a decisiones judiciales ‘justas’, como lo postula Roxin: *‘la dogmática no es un juego mental ajeno a la vida, sino una ciencia importante orientada a la praxis, para el estado libre y seguro de la sociedad’*.

El juez investigador, como lo plantea atinadamente el Ministerio Público, arriba a la conclusión, con la que pretende poner fin al ejercicio de la acción penal, a partir de apreciaciones subjetivas, pero que en nada corresponden al cuidado, prudente juicio de recaudo y valoración de la prueba militante que soporte su argumento, por lo que se entrará a revocar su proveído” **(Rad. 158221 del 27 de julio de 2015, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión)**.



64. FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO

Antijuridicidad material

“(…) Este tipo penal parte de la premisa de que el documento no es falso en punto de su existencia (forma) y autenticidad (origen), pero mendaz en su contenido al incorporar hechos que no corresponden a la realidad, modificarlos o suprimirlos del documento.

Para su estructuración no se exige la acreditación de una motivación especial, o un provecho, como si se tratara de un ingrediente subjetivo, sino que el mismo se agota en sede de tipicidad, con el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal y la voluntad de llevarlos a cabo, y en el escaño de la culpabilidad con el conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento; esto es, reside en la conciencia y voluntad de plasmar en su condición de funcionario público y persona imputable hechos ajenos a la verdad⁸² (...).

La antijuridicidad formal en este delito, se habrá de recordar, se da con la comprobación de lo fraudulento del contenido descrito en el documento público. Sin embargo, el tema no se agota allí, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1407 de 2010 y el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, es necesario

82 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de junio de 2010, radicación 31357.

verificar la efectiva ofensa al bien jurídico –antijuridicidad material–, es decir, que no basta con demostrar la contrariedad del comportamiento con la ley, sino que es necesario establecer si se ocasionó un daño o se puso en peligro real de manera injusta la fe pública para que la conducta del agente se pueda catalogar como lesiva de ese bien jurídico. (...).

Consecuentemente, la falsedad ideológica en documento público es un delito de peligro presunto, ya que el legislador presume la posibilidad de daño al indicar que *pueda servir* de prueba el documento falseado, que por ser público tiene aptitud de alterar las relaciones jurídicas de los miembros de la sociedad al reconocer o negar determinada situación.

En virtud de lo expresado y de que el bien jurídico de la fe pública protege a la sociedad en general en cuanto a las relaciones entre los ciudadanos y estos con las autoridades, es necesario verificar el daño potencial o daño efectivo de las conductas falsarias para abandonar la llamada presunción *iuris et de iure* de peligro consagrada en este tipo penal. En otras palabras, con la actual normatividad penal se rechazan incluso en este tipo de delitos las presunciones de derecho que no admiten prueba alguna en contrario; por lo tanto, en los delitos de peligro presunto –como lo es el delito aquí analizado– se permite la acreditación probatoria que la conducta no significó peligro alguno⁸³ (...). (Rad. 156962 del 5 de octubre de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Tercera Sala de Decisión).



65. FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO

El bien jurídicamente protegido es la fe pública. La falsedad inocua no se deduce de la naturaleza del documento. Delito de peligro

“Para determinar si la conducta desplegada por JUB lesionó o puso en peligro el bien jurídico de la fe pública, se requiere en primer término tener en cuenta el carácter fragmentario del derecho penal que enseña que no cualquier lesión o puesta en peligro implica antijuridicidad material, sino solo aquellas que logran poner en riesgo *‘efectivamente’* el bien jurídico⁸⁴...”

La falsedad material cometida por la patrullera JUB supera la insignificancia y la inocuidad para en su lugar afectar el bien jurídico de la fe pública de manera grave, ya que lo que se trata de proteger con este tipo penal en últimas es la confianza de los asociados⁸⁵, y con la falsificación del documento público por parte de la sentenciada se afectó este bien jurídico a través de la mutación de la realidad que contenía

83 Según el artículo 66 del Código Civil, cuando el legislador a través de la uniformidad de determinadas situaciones les asigna legalmente su consecuencia, crea una presunción *iuris tantum* que permite probar la inexistencia del hecho que se presume.

84 “De trascendental importancia resulta la inclusión de la expresión *‘efectivamente’* que califica la puesta en peligro, contenida en el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, pues normativamente, haciendo caso a la jurisprudencia constitucional, se acaba con la posibilidad de presumirlo, presunción que se hace más común, a pesar de su inconstitucionalidad, en tratándose de acciones generadoras de peligros abstractos” Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 8.

85 Artículo 83 de la Constitución nacional. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.



el texto original del documento y que ella misma consignó en el momento de recibir el servicio. (...).

La intención del tipo penal es proteger no solo la verdad que en sí contiene el documento, la cual en principio se evidencia falsificada por la procesada, ...sino que además la protección de la fe pública persigue la preservación de la credibilidad que los miembros de la institución militar y policial deben otorgar a los documentos que emiten en desarrollo de sus actividades de servicio, operativas, administrativas y judiciales, con todos los elementos que identifican su función, como sellos, membretes, logos, consignas, novedades”. (...)

“Respecto de la falsedad inocua que solo será inofensiva cuando resulte ser concretamente inidónea de agresión para los intereses probatorios consagrados en el documento y tutelados por la Ley Penal, de ahí que la inocuidad no se deduzca de la naturaleza del documento, sino de una comprobación concreta relativa a los posibles efectos de la falsedad con relación a una determinada situación jurídica, configurándose en un delito imposible únicamente cuando no se demuestre la ofensa al bien jurídico por inidoneidad de la acción⁸⁶ (...).

“No puede perderse frente a la estructura propia de la falsedad documentaria pública que la conducta se consuma independientemente de que el sujeto logre o no la finalidad de su acción, y en este sentido razón le asiste al a quo, pues nos encontramos frente a un delito de peligro que no castiga el daño material o físico perceptible en concreto, sino que considera como perjuicio al bien jurídico la simple potencialidad⁸⁷ que esta conducta pueda llegar a realizar sobre los intereses de la colectividad” (**Rad. 149185 del 27 de febrero de 2015, M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Cuarta de Decisión**).



66. FAVORECIMIENTO DE FUGA CULPOSA

Concepto de “detenido”, como elemento normativo del tipo penal

“...la condición de detenido deviene de un acto formal y uno material, el primero está dado por el mandamiento escrito de autoridad competente y el segundo,

86 Villacampa Estiarte, Carolina et al. *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*. 1998, pág. 444.

87 Es así como cualquier adulteración, supresión o destrucción de los documentos incorporados al expediente judicial afecta su capacidad demostrativa y lesiona la fe pública al poner en tela de juicio la intangibilidad y credibilidad que debe ofrecer el proceso judicial, independientemente de si con la conducta falsaria se alcanza a irrogar daño concreto a alguna de las partes, pues lo relevante social y penalmente, y por ende reprochable, es la potencialidad que tengan para lograrlo, la cual viene determinada en cada caso concreto por la aptitud declarativa del documento falsificado y su real incidencia en el tráfico jurídico. Esta capacidad del acto falsario para afectar la confianza pública se ve reflejada en la inseguridad que conductas de esta naturaleza ocasionan a las partes intervinientes en el trámite judicial para el cumplimiento de las actuaciones que a ellas compete –si se da en entender el proceso como regido por el principio de relación causativa–, en cuanto les presenta una realidad distinta de la que en verdad se debía ofrecer, siendo precisamente esto lo que el ordenamiento penal con la conminación de sanción busca evitar.

En este sentido, resulta claro que la lesividad de las conductas tipificadas y descritas en el libro primero, título vi, capítulo iii del Código Penal no debe ser establecida a partir del conculcamiento real o potencial de bienes jurídicos de naturaleza diversa a la que tales tipos protegen, sino en la afectación real o potencial de la capacidad demostrativa de relaciones jurídicas que ostenten los documentos públicos o privados. (CSJ, sent. mar. 17/98. Rad. 11974. M.P. Fernando Arboleda Ripoll).

por la aprehensión material que se consuma con la captura, siendo a partir de este momento que la persona capturada adquiere la calidad de detenido. (...).

Bajo ese entendido, se infiere de manera razonada que existía mandamiento escrito de autoridad judicial competente expedido con anterioridad a la captura o acto de aprehensión y con las formalidades previstas en la ley, por motivos previamente definidos en la misma norma, atendiendo el principio de legalidad, que forma parte integral del debido proceso consagrado en el artículo 29 superior, debiéndose señalar que la orden de captura tenía como finalidad hacer efectiva la medida de aseguramiento impuesta.

Así las cosas, la condición del señor ABA para el día 15 de febrero de 2008, cuando se produjo la fuga en momentos en que era conducido a la Fiscalía, era de detenido, dado que pesaba en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva dispuesta por autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos. Luego si bien es cierto solamente había sido capturado y aún no se había dejado a disposición de la Fiscalía, ese mero hecho no muta la calidad de detenido, ya que esa condición se inicia con la captura (**Rad. 157874 del 27 de febrero de 2015, M.P. MY. (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión**).



67. FINES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Peligro para la comunidad

“Cuando el juez valora el peligro que representa la libertad del sindicado para la seguridad de la comunidad, no resulta suficiente la comprobación de la gravedad y modalidad de la conducta, como bien lo peticiona la defensa, sino que adicionalmente el juez puede valorar algunas circunstancias que para nuestro ordenamiento especializado resultan de vital importancia, teniendo en cuenta los bienes jurídicos abstractos que se protegen, verbigracia el de la disciplina, pues dentro de la comunidad militar este se constituye en pilar fundamental para garantizar el cumplimiento de los fines de una institución jerarquizada.

Y es precisamente a través de conductas como las realizadas por el sargento LRJC, que a la vista de pocos dieran la impresión de una mínima significación, en tanto que pareciera que no se alcanzaría a afectar con ellas materialmente el bien jurídico, que si se atenta contra la credibilidad y la disciplina que soportan los cientos del Ejército Nacional frente a la ciudadanía y a sus propios integrantes.

Por ende, al amparo de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, no puede ser admitido que una conducta tan reprochable sea beneficiada con la libertad provisional, por cuanto se desdibujaría el rol que cumple el suboficial



dentro de la institución militar y se estaría dando un mal ejemplo frente al personal subalterno que precisamente se encuentra en fase de instrucción y entrenamiento hacia la vida militar, cuando lo que esperan estos jóvenes es que quienes mayor trayectoria y experiencia tienen dentro de la fuerza pública les ofrezcan un trato digno, respetuoso y acorde con las expectativas que tienen en el momento de prestar el servicio militar obligatorio.

Con sano criterio, no se accederá a las pretensiones del recurrente por cuanto es imperiosa la detención preventiva del sargento LRJC al establecerse que sí se satisfacen los requisitos sustanciales y formales y uno de los fines de la detención preventiva que está relacionado con el peligro que representa su libertad para la comunidad militar, pues ha quedado latente la posibilidad de que el investigado pueda llegar a cometer nuevamente alguna acción disciplinante no acorde con los medios que se tienen para ello, dado que mediante los testimonios también quedó en evidencia que por el temperamento fuerte que maneja en su vida laboral, es normal que utilice un vocabulario grosero y un trato fuerte hacia sus subalternos.

Por tal motivo, la Sala concluye que la medida de aseguramiento impuesta por la juez 34 de instrucción responde a los postulados de los artículos 466 y 467 de la Ley 1407 de 2010. Por lo tanto, la restricción del derecho de la libertad del sargento viceprimero LRJC resulta procedente en este estadio procesal; en tal sentido se confirmará la decisión de primera instancia” (**Rad. 158230 del 17 de junio de 2015, M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Cuarta Sala de Decisión**).



68. FISCAL PENAL MILITAR

Está facultado para decretar nulidades

“Consecuente con lo anterior, como que el fiscal penal militar quiso advertir al instructor que había una irregularidad en relación con los actos de notificación de la providencia declarativa de persona ausente, y también como que el juzgado instructor debía tomar alguna medida o decisión, con ello se olvidó la Fiscalía Penal Militar de las facultades que le otorgan el artículo 553 de la Ley 522/99, de tal forma que si consideraba alguna irregularidad que ameritara decisiones de nulidad para subsanar la actuación, era a él a quien le competía hacerlo, teniendo en cuenta los principios para el decreto de las nulidades con base en la jurisprudencia nacional (trascendencia, taxatividad, instrumentalidad de las formas, protección, convalidación, acreditación y residualidad)” (**Rad. 158280 del 31 de agosto de 2015, M.P. CN. (RA) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión**).

69. FUERO CARCELARIO PARA MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

La medida de aseguramiento y las condenas privativas de la libertad personal deben cumplirse en centros de reclusión especiales

“Por lo que sería del caso abordar el examen de este punto del recurso de apelación presentado por la defensa, de no ser que por los antecedentes documentales obrantes en el proceso penal militar de la referencia, allegados al legajo procesal últimamente, dan cuenta de que carece de objeto el pronunciamiento recurrido sobre este tópico, ora porque finalmente le fue respetado por parte del juez encargado de vigilar la pena el fuero carcelario al condenado, por lo que a estas alturas se tornaría insustancial emitir pronunciamiento de fondo sobre el tema, como bien lo ha señalado el precedente de la honorable Corte Suprema de Justicia⁸⁸ y del Tribunal Superior Militar⁸⁹.

Empero, esta sala de decisión debe precisar que los miembros de la fuerza pública a los que se les imponga una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación o una condena privativa de la libertad personal han de estar privados de la libertad personal en centros de reclusión especiales, como bien lo ha decantado la jurisprudencia nacional (...) **(Rad. 157544 del 29 de julio de 2016, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE)**.



70. FUERO INDÍGENA

Elementos que lo configuran

“Sobre la primera variable ha de entenderse que el fuero indígena (Corte Constitucional, sentencia T-002 de 2012) concede a los miembros de las comunidades indígenas ser juzgados por sus propias autoridades conforme a sus normas y procedimientos, desplazando la competencia al juez ordinario.

De acuerdo a la evolución jurisprudencial⁹⁰, el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido cuatro (4) elementos que estructuran el fuero indígena (Corte Constitucional, sentencia T-002 de 2012) como son i) el elemento personal referido en cuanto a si el delito está consagrado solamente en el sistema ordinario o si está consagrado tanto en el sistema ordinario como en el sistema indígena; ii) el elemento territorial, que comprende la concepción geográfica y también la cultural; iii) el elemento institucional u orgánico, que desarrolla los criterios de conservación de costumbres y los instrumentos ancestrales para resolver los conflictos; iv) por

88 Honorable Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, radicado 44403, providencia del 10 de septiembre de 2014, M.P. Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández.

89 Honorable Tribunal Superior Militar - Segunda Sala de Decisión, radicado 157325, providencia del 09 de mayo de 2012, M.P. MY. (R) José Liborio Morales Chinome.

90 Ver 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, T-001 de 2012.



último, el elemento objetivo, que busca analizar si el bien jurídico vulnerado es únicamente indígena o si es un bien protegido por la sociedad mayoritaria.

En ese orden de ideas, para el caso del PT. IMS abordaremos el elemento personal, que a su vez está compuesto por dos variables: la primera, que la conducta esté contemplada solamente por el ordenamiento jurídico ordinario y en este caso, si el sindicado es un indígena, ha de analizarse si este entendía la ilicitud de su conducta. Respecto de la segunda variable, es si la conducta está sancionada en las dos jurisdicciones, es decir, tanto en la indígena como en la ordinaria, caso en el cual se deberá analizar la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece.

Bajo tal marco teórico se ha de afirmar que dada la formación académica policial que recibió el PT. IMS y con la cual obtuvo el grado policial de patrullero, no es viable predicar en él que no conocía la ilicitud de la conducta de abandonar el perímetro asignado durante su servicio de disponibilidad en el puesto de policía de Castilletes, pues en aquel proceso de formación se instruye en el área de justicia penal militar y la modalidad de sus delitos. Adicional a ello, el rol policial implica el conocimiento de los manuales de funciones y procedimientos. Estos dos criterios normativos, conocidos por el PT. IMS, impiden pregonar en él el desconocimiento de la ilicitud de la conducta, y en consecuencia no permite estructurar el elemento personal que requiere el instituto del fuero indígena.

Adicional a lo anterior, el delito de abandono del puesto no está contemplado en las dos jurisdicciones, sino únicamente en la jurisdicción ordinaria-justicia penal militar, lo que en principio significa que es esta jurisdicción militar la llamada a conocer la conducta delictiva que se imputa.

En ese orden de ideas, no resulta necesario adelantar el estudio de los otros tres elementos determinantes del fuero indígena, dado que el primero, el elemento personal, no se estructura y por tanto no es viable la aplicación del fuero indígena para el caso *sub judice*. Sin embargo, no sobra señalar que el bien jurídico protegido 'del servicio' (Ley 1407 de 2010, artículo 105)⁹¹ tampoco está contemplado en la jurisdicción indígena, sino en la sociedad mayoritaria dentro de la cual desempeña su labor de policial, circunstancia adicional que impide también la estructuración del fuero indígena.

Corolario de lo anterior, ha de señalarse entonces que el carácter étnico del procesado PT. IMS si bien merece un tratamiento especial en el momento de investigar y juzgar la conducta que se le imputa, en el caso *sub judice* esa especial condición no concede el derecho al fuero especial indígena y en consecuencia la jurisdicción llamada a ejercer el *ius puniendi* es la jurisdicción ordinaria –justicia penal militar–, como hasta el momento la presente causa la ha adelantado”

91 Ley 1407 de 2010. Artículo 105. Abandono del puesto. El que estando de facción o de servicio abandone el puesto por cualquier tiempo, se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Si quien realiza la conducta es el comandante, la pena se aumentará de una cuarta parte a la mitad.

(Rad. 158361 del 22 de julio de 2016, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).



71. HOMICIDIO CULPOSO

Acción a propio riesgo. Autopuesta en peligro de la víctima

“Respecto a las acciones a propio riesgo, sea lo primero señalar que ‘Dentro de este genérico concepto se agrupan todos aquellos casos en que un tercero favorece o crea una situación en la cual el titular del bien jurídico realiza una acción peligrosa para sus propios bienes. El riesgo solo se concreta por una conducta de intermediación de la propia víctima. El punto de discusión está en determinar si el comportamiento de quien se arriesga a sí mismo convierte la conducta del tercero en un riesgo jurídicamente permitido’, y ‘bajo el genérico título de ‘acción a propio riesgo’, podemos agrupar las siguientes constelaciones: A. La participación en una autopuesta en peligro. B. El consentimiento en una autopuesta en peligro, realizada por otro. C. Las acciones peligrosas de salvamento. D. La creación de una nueva relación de riesgo por parte de la víctima, al violar sus deberes de autoprotección’”. (...).

Al efecto, sea lo primero aclarar que el rasgo fundamental de la hipótesis atinente al peligro desaprobado de la participación de una autopuesta en peligro es que “la víctima ha organizado, con la intervención de un tercero, el peligro para sus bienes. La administración del riesgo está dentro del ámbito de responsabilidad del afectado, quien tiene un control total sobre la acción generadora del peligro. Es él quien decide sobre el si y el cómo debe desarrollarse la acción”. (...).

Y es que la disculpa que fue la autopuesta en peligro de la víctima por haberse situado al frente del señor SLR. JABP cuando aseaba y manipulaba la ametralladora M-60 no exculpa de manera alguna la conducta del procesado y, por el contrario, lo compromete porque precisamente ello le impedía manosear dicha arma de dotación a sabiendas de que estaba realizando una actividad que no le había sido autorizada y con conocimiento de su aptitud letal y de la ausencia del mecanismo de seguro, situación que mucho menos le permitía colocarle la cinta de amunicionamiento o eslabonada y cargarla, por lo que al realizar estas peripecias en desarrollo de una actividad realizada *motu proprio* son circunstancias que hacen que el enjuiciado eleve el riesgo jurídicamente permitido en una actividad peligrosa como lo es el manejo de las armas de fuego en un área de operaciones, todo lo cual fue el detonante del accidente que ocasionó el deceso del señor SLR. JDAJ (q. e. p. d.), que hoy es objeto de investigación.

Ciertamente, son las circunstancias *ex ante* y *ex post* de los hechos su irresponsable decisión de realizar aseo al arma de dotación colocándole la cinta de amunicionamiento y cargarla sin estar autorizado por su superior para ello, a sabiendas de la aptitud letal y de la ausencia del mecanismo de seguro de la ametralladora M-60 cuando su unidad fundamental se encontraba en el área de operaciones, desconociendo

el cuidado y cautela que impone realizar una actividad peligrosa de por sí como es la de portar armas de fuego, las que hacen que estas peripecias le evidencien con mucha claridad la altísima probabilidad de que al optar por este camino se presente un resultado antijurídico como el acontecido, puesto que al realizar este acto voluntario no aplicó en su ejecución el cuidado que le es exigible, a consecuencia de lo cual, sin pretenderlo, produjo un resultado dañoso. (...).

Por lo tanto, claro es que el señor SLR. JABP fue irresponsable e imprudente desde el mismo momento en que inconsultamente inició tales peripecias, inobservando las medidas que le eran exigibles por el “Decálogo de Seguridad de las Armas de Fuego” y las mismas órdenes e instrucciones impartidas por su comandante y sus superiores sobre el particular, que incumplió de forma consciente, asumiendo un riesgo no permitido al realizar un comportamiento a todas luces negligente, imprudente y violatorio de los reglamentos; de ahí que en el hipotético evento de concurrencia de culpas, esta se resuelve en contra de quien ha hecho el aporte definitivo, que para el caso es evidente que lo es el procesado, ya que el resultado le es imputado a él mas no a la víctima (**Rad. 158305 del 30 de noviembre de 2015, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión**).

72. HOMICIDIO EN LA MODALIDAD TENTADA

Estructuración de la tentativa. Competencia de la jurisdicción penal militar

“(…) Bajo este panorama, no está de más agregar que uno de los requisitos para hablar de tentativa como amplificador del tipo es la intención de cometer el delito; por lo tanto, requiere la presencia del dolo, el cual se debe analizar en cuanto a tipicidad y no en la culpabilidad, siguiendo el esquema causal de la teoría del delito, como usualmente ocurre en la práctica judicial, y es allí cuando en un caso como el *sub judice*, en el que un individuo dispara a otro y no lo mata por circunstancias ajenas a su voluntad, el juez realiza el juicio de adecuación típica enfrentándose a un dilema, se trata de lesiones personales dolosas consumadas o, por el contrario, es una tentativa de homicidio, como ha ocurrido en el presente caso. La única forma de dirimir esta disyuntiva es apelando a la intención que tuvo el autor para saber si el fin era lesionar o producir la muerte, lo que confirma plenamente que el dolo deba estudiarse como tipicidad para la existencia de la figura de la tentativa.

Zaffaroni afirmó que el dolo de la tentativa es el mismo dolo del delito consumado, y que dicha tesis dentro de la estructura causalista es un problema sin solución, porque a sus partidarios no les queda otra alternativa que admitir que el dolo está en la tipicidad como se refirió. De ahí que desde el punto de vista subjetivo no exista diferencia entre tentativa y consumación, pues ambas figuras exigen el “*dolo de consumación*”⁹²; basta con estar frente al dolo eventual para configurar la tentativa, siempre y cuando esta modalidad de dolo sea suficiente en el tipo de lo injusto del delito doloso consumado⁹³.

92 Frías Caballero. Ob. cit., pág. 187 y ss.

93 Jescheck. Ob. cit., pág. 703. Bacigalupo. Ob. cit., pág. 167. Muñoz Conde. Ob. cit., pág. 184. Zaffaroni. Tratado. Ob. cit., pág. 453.

En síntesis, la parte subjetiva del tipo de la tentativa exige como requisito fundamental la presencia del dolo, es decir, el propósito encaminado a cometer un delito determinado.

De cara al elemento objetivo del tipo de la tentativa, tendrán que darse los requisitos exigidos por el tipo legal, es decir, el sujeto activo, pasivo, objeto material, la conducta, el bien jurídico y los ingredientes normativos si los hubiere; pero dentro de este tópico deberá exigirse la presencia indispensable en la tentativa, como se dijo *ut supra*, del principio de ejecución a través de actos idóneos y unívocos como lo exigen la doctrina y la jurisprudencia, y de otra parte la no consumación del hecho por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, requisitos ya debatidos anteriormente; pero es más, a nuestro juicio para que se estime asentado el injusto deben concurrir por demás el desvalor de acción como el desvalor de resultado en sentido jurídico, esto es, la puesta en peligro objetivo del bien tutelado (...)."

(...) en nuestro sistema jurídico, el fuero penal militar es una institución de régimen supralegal en virtud de la cual los miembros de la fuerza pública en servicio activo no son investigados y juzgados por los fiscales y jueces que componen la justicia penal ordinaria, sino por jueces y tribunales militares en aquellos eventos en los que incurrir en conductas punibles al ejecutar o desarrollar sus funciones legales y constitucionales.

Tanto la actual Constitución Política colombiana como la anterior prevén que el fuero opera si se dan concurrentemente tres presupuestos necesarios. En primer lugar, está destinado a ser aplicado frente a injustos cometidos únicamente por integrantes de la fuerza pública, entendiendo como tal los miembros de la Policía Nacional, el Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea Colombiana. Así entonces, las conductas investigadas no son aquellas que conlleven la realización de las funciones propias de la fuerza pública, dígame las establecidas en los artículos 217 y 218 de la Carta Magna, o las que establezcan las leyes y reglamentos, pues ningún cumplimiento del deber ajustado a los límites constitucionales y legales puede ser objeto de persecución y castigo.

En segundo lugar, tales destinatarios –miembros de la fuerza pública– deben estar en servicio activo en el momento de cometer la conducta punible.

Y, en tercer lugar, los delitos investigados y juzgados por la justicia penal militar son aquellos realizados en relación con la función militar⁹⁴ o policial⁹⁵, al constituir extralimitaciones o excesos en el cumplimiento del servicio, no los que se apartan abiertamente de las misiones que en su calidad deben llevar a cabo de conformidad con el ordenamiento jurídico⁹⁶. Este presupuesto apunta a que la conducta punible tenga una conexión directa con el cumplimiento de una función legítima determinada constitucional y legalmente, como ya se dijo, pero también el vínculo puede

94 Defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

95 Mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica.

96 Corte Constitucional, sentencias C-1149 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-407 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-1001 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-806 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



darse con las órdenes dictadas con estricta sujeción a esos propósitos previstos por el ordenamiento jurídico. Es decir, el servicio está fundado de manera mediata en los mandatos generales de las leyes y la Constitución y de forma inmediata o directa en las órdenes y misiones emanadas de los mandos militares y policiales, siempre que estos respondan precisamente al cumplimiento de los fines superiores asignados a esas instituciones armadas⁹⁷.

En otras palabras, la relación con el servicio tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública, esto es, que la relación de la conducta con el servicio militar o policial debe considerarse desde una perspectiva objetiva⁹⁸, no desde la mirada sesgada de que únicamente se configura cuando la conducta típica se ejecuta en desarrollo de una operación o procedimiento propio de la fuerza a la que pertenezca el uniformado, puesto que en muchos casos para llegar a ello es menester adelantar acciones administrativas y logísticas en las que es factible que se presenten conductas al margen de la ley, de manera que lo determinante para establecer que la conducta investigada tiene relación con el servicio es que el miembro de la fuerza pública si bien desempeña sus funciones legales, en algún momento puede incurrir en errores o dolosamente comienza a hacerlo de forma defectuosa o irregular. A este respecto, la sentencia C-358 de 1997 afirma: (...) En síntesis, para que una conducta punible sea investigada y juzgada por las autoridades penales militares y policiales, debe tener una relación directa, estrecha o vinculada con actos propios del servicio, conforme las normas constitucionales y legales correspondientes, de manera que sea el resultado de una actuación defectuosa, excesiva o irregular de la función que le corresponda desarrollar o de la operación, misión u orden que ha recibido un miembro activo de la fuerza pública de un superior, en correspondencia con dichos mandatos institucionales legítimos.

Esta íntima conexión entre delito y función debe estar suficientemente acreditada de manera particular a partir de las evidencias, no de forma abstracta; de lo contrario, dado que la justicia especial constituye una excepción, el asunto debe ser conocido por la jurisdicción ordinaria (**Rad. 158277 del 22 de junio de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Tercera Sala de Decisión**).



73. HOMICIDIO

Diferencia entre las modalidades preterintencional, doloso y culposo

“Recuérdese que una cosa es el homicidio preterintencional, que presupone necesariamente el ánimo de causarle daño a la persona de aquel a quien se le ha dado muerte, y esto es lo que lo separa del homicidio culposo, y lo mantiene en la del doloso; pero también presupone que la muerte, además de no haber sido

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-358 de 1997, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹⁸ Ídem.

voluntaria o querida, no fue tampoco prevista, aunque hubiera podido preverse, y esto lo distingue del homicidio por dolo indeterminado, y hace de él una especie intermedia entre el homicidio completamente doloso y el simplemente culposo. Téngase en cuenta que el homicidio preterintencional representa el grado máximo de la culpa informada por el dolo, y un grado inferior al dolo determinado, y lo que lo distingue del homicidio culposo es que el agente tuvo la voluntad de ofender, y lo que lo diferencia del homicidio doloso es que debe juzgarse que el agente no previó que podía dar muerte, porque en el caso contrario se está en la presencia del dolo eventual” (Rad. 158174 del 31 de julio de 2015. M.P. GR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).



74. IMPEDIMENTO - INTERÉS EN EL PROCESO

Por ser del fuero interno, se debe explicitar de quién proviene el interés

“Pues bien, al parafrasear las enseñanzas que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha irradiado sobre el instituto de los impedimentos y recusaciones, encontramos que para esta, por regla general, las causales legales que dan lugar a la separación del funcionario judicial del conocimiento de un asunto tienen esencialmente soporte en razones de afecto, animadversión, interés y el amor propio, dado que con ellas lo que se pretende es la preservación del debido proceso a través de un funcionario imparcial e independiente, esto es, subjetivamente competente para conocerlo. (...).

En esencia, consideró la juez que su imparcialidad se encuentra afectada para darle curso a este averiguatorio en razón a que, por causa del comportamiento procesal del aquí indiciado, por demás, al parecer, poco recto, dentro del expediente disciplinario que se le impulsó a su cónyuge, este resultó allí sancionado.

Al contrastar la situación fáctica alegada por la juez de instrucción con las hipótesis impeditivas y de recusación recogidas en el artículo 231 de la Ley 1407 de 2010, se colige que tal panorama puede tener adecuación en la causal contenida en el numeral 1 del anotado dispositivo, y por tanto será necesario su estudio para resolver lo pertinente. (...).

Como es sabido y reconocido, la vida en pareja, bien por virtud del matrimonio o de la unión marital de hecho, genera lazos no solo de solidaridad, sino afectivos y morales; de allí la razón por la cual el legislador estimó necesario establecer como causal impeditiva, por prevalencia de los principios de imparcialidad y probidad de la justicia, aquella hipótesis en la que se genera una expectativa de provecho, utilidad o ganancia, bien para el funcionario que impulsa un proceso, o también para su cónyuge, entre otros. (...).

No obstante lo anterior, hay que advertir que como el interés en el proceso es del fuero interno de cada persona, es carga argumentativa de quien invoca o alega



la causal precisar no solo las razones que lo fundamentan, sino aclarar de quién proviene ese interés. (...).

Al aterrizar los anteriores conceptos al caso concreto, encontramos que la servidora judicial ciertamente debe ser apartada del conocimiento de este asunto en razón a que de su argumentación se evidencia una expectativa manifiesta frente a la actuación procesal que impulsa contra el oficial BR, quien dentro del proceso disciplinario que se adelantó contra su cónyuge ‘...faltó a la verdad de manera tajante y descarada, retractándose de todo lo dicho a la suscrita en su momento y admitir que a pesar obrar (sic) un pantallazo de la conversación que por whatsapp sostuvo con mi esposo esto en la realidad nunca ocurrió...’, y a causa de esta declaración su esposo fue sancionado disciplinariamente” **(Rad. 158412 del 7 de marzo de 2016, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**



75. IMPEDIMENTO - INTERÉS EN EL PROCESO

Se hace extensivo al defensor suplente

“Asumir una postura judicial distinta sería ir en contravía de los anotados principios que orientan la administración de justicia, comoquiera que una cualquiera decisión adoptada en el marco de este proceso por parte de la instructora solo dejaría un halo o aroma de favoritismo por parte de ella en relación con las posturas de su hermano, en quien recae la condición de defensor del procesado, muy a pesar de que tal categoría lo sea como suplente del principal, pues en todo caso se trata de un solo sujeto procesal, pero con división de trabajo.

No se olvide que el interés en el proceso tiene que ver con ‘aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo no solo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del proceso’⁹⁹ **(Rad. 158165 del 27 de febrero de 2015, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**



76. IMPEDIMENTO

Enemistad grave

“Recuérdese que la independencia judicial hace relación a la ausencia de presiones, insinuaciones, recomendaciones, exigencias o consejos por parte de otras ramas del poder, aun de la misma administración de justicia sobre el servidor judicial que impulsa el asunto, y la imparcialidad, por su lado, se vincula con la

⁹⁹ Cfr. autos del 17 de junio de 1998, 21 de enero de 2003, 20 de abril de 2005, 24 de enero de 2007, 28 de enero de 2009, radicados 14104, 15100, 23542, 26667 y 31112, respectivamente, entre otros.

probidad y rectitud del operador judicial, de quien se espera un apego a los dictados normativos y al proceso mismo y no a que intencionalmente se incline a favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos intervinientes o hacia lo que es objeto de debate, así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional (...).

Al auscultar el panorama procesal de cara a la hipótesis impeditiva pregonada por el servidor judicial, fácil resulta concluir, desde ya, que debe ser apartado del conocimiento de esta denuncia penal, comoquiera que aunque la prueba aportada, por demás breve y sumaria, no permite evidenciar un mutuo y recíproco sentimiento de animadversión entre el funcionario de instrucción y el indiciado, es lo cierto que si el operador judicial pone de presente su falta de serenidad e imparcialidad y ubica al sujeto pasivo de la acción estatal en la posibilidad de dudar razonablemente de la rectitud y probidad de aquel, esto es, la ausencia de garantías y la real protección de los derechos de este, es lo jurídicamente atendible que debe ser relevado de su conocimiento por falta de neutralidad del administrador de justicia” (**Rad. 158504 del 25 de julio de 2016, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión**).



77. INIMPUTABILIDAD EN MATERIA PENAL

Valor probatorio de los dictámenes periciales para determinar la imputabilidad o inimputabilidad

“(…) en materia probatoria, el dictamen pericial es, de una parte, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto sometido a su consideración, que tienen carácter técnico, científico o artístico, y requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. Por otra parte, es un medio de prueba en sí mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso, es decir, es un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso, sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez.

Sobre su relación con la determinación de la condición de inimputable de una determinada persona, es necesario aquilatar que la experticia pericial psiquiátrica no es el único medio de prueba del que se ha de valer el operador judicial para establecer ello, pues ante su inexistencia o imposibilidad de practicarlo, aquel ha de apreciar las distintas probanzas aupadas a una determinada causa penal, valorándolas de manera conjunta en aplicación de las reglas de la sana crítica (...).

Pero la situación va más allá, pues la determinación de si un sujeto pasible de acción penal es inimputable o no no es asunto pericial, ello compete en forma exclusiva al administrador de justicia, quien al efecto cimentará su determinación, bien en la conclusión de un dictamen pericial con sustento en el procedimiento de rigor, ora en la apreciación y valoración conjunta de este y



de otros elementos suasorios al amparo de las reglas del método de persuasión racional; ello, claro está, en aquellos supuestos en que son esas mismas probanzas las que llevan a inferir serios motivos sobre la eventual concurrencia de una circunstancia generadora de situación de inimputabilidad, al punto que se torna imprescindible el decreto y práctica de una prueba de tal naturaleza” **(Rad. 158421 del 25 de agosto de 2016, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



78. IN DUBIO PRO REO

Configuración

“... surge en cuanto a que no se estableció con absoluta certeza y coherencia la adecuación de sus conductas en un accionar delictivo, pues al parecer se pudo tratar de un accidente que sufrió el hoy occiso antes de su captura o posiblemente por el atropello de los aquí procesados en el momento de la captura o en su lugar de reclusión (estación de policía), es decir, igualmente podría tratarse de una acción dolosa, voluntaria y consciente de los procesados, circunstancia que no se logró dilucidar con solidez por parte del señor instructor.

(...) la presente actuación carece de la prueba que nos dé la certeza del nexo causal entre la supuesta acción, la conciencia y voluntad de los procesados y el resultado que se causó, circunstancias estas que exigen al funcionario judicial establecer de manera precisa, a fin de determinar si los agentes realizaron la conducta a título preterintencional. En otros términos, no obra prueba alguna que nos dé la convicción de que los procesados de manera voluntaria y consciente quisieron lesionar al señor PO, donde su resultado (la muerte), siendo previsible, excedió la intención de estos, pues ni los testimonios allegados al expediente ni el dictamen de necropsia como sus respectivas ampliaciones o aclaraciones permiten esclarecer con precisión el acontecer fáctico que conllevó la lesión y posterior muerte del señor PO.

(...) el *in dubio pro reo* debe prosperar en el presente caso, y no por una suposición propia de la Sala emanada del concepto subjetivo de cada uno de sus miembros, ni por la afirmación conveniente de los procesados, sino por un proceso de racionalidad objetiva basado en los medios probatorios allegados al expediente, pues no se podría proferir una sentencia de carácter condenatoria cuando con base en el material probatorio allegado al expediente se evidencian dudas que el juzgado instructor no dilucidó en su momento y que en esta etapa procesal no hay forma de esclarecer sobre la responsabilidad de los procesados” **(Rad. 157693 del 18 de julio de 2015, M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Cuarta Sala de Decisión).**

79. INDAGACIÓN PRELIMINAR

Finalidad. Procedencia decisión inhibitoria. El denunciante está obligado a comparecer a la actuación

“(…) Ha sido prolijo y reiterativo este colegiado castrense al precisar que la indagación preliminar tiene como propósito concertar la tensión entre la presunción de inocencia y los intereses de la comunidad entregados al poder público con facultad punitiva, evitando la apertura desmedida de procesos penales, cuando los elementos, por lo menos objetivos del cuestionamiento delictuoso, no se hacen latentes; de ahí que al abrir la investigación preliminar se esté apuntando exclusivamente a definir la existencia fáctica del suceso, su presencia normativa en el ámbito de la tipicidad, la identidad o individualización de presuntos autores o partícipes y, en algunos eventos, la pertinencia del ejercicio de la acción penal, conforme las voces del artículo 451 de nuestro Digesto Punitivo Castrense, y bajo la óptica del artículo 458 de la codificación en cita el funcionario instructor mediante auto interlocutorio podrá inhibirse de decretar la iniciación de la etapa de instrucción, cuando valorados conforme a las reglas de la sana crítica los medios de prueba allegados evidencie que está acreditada cualquiera de las tres causales consagradas en la ley: a) la inexistencia del hecho; b) la atipicidad de la conducta; y/o c) que la acción penal no puede iniciarse. (…).

“...bajo la óptica del artículo 458 de la codificación en cita, el funcionario instructor mediante auto interlocutorio podrá inhibirse de decretar la iniciación de la etapa de instrucción, cuando valorados conforme a las reglas de la sana crítica los medios de prueba allegados evidencie que está acreditada cualquiera de las tres causales consagradas en la ley, a) la inexistencia del hecho, b) la atipicidad de la conducta; y/o c) que la acción penal no puede iniciarse”.

“Así entonces, se considera que el hecho no ha existido cuando se demuestra que los supuestos fácticos que dieron origen a la denuncia o la querrela-génesis de la indagación previa no tuvieron real ocurrencia, se trata de una verificación estrictamente fáctica tendiente a comprobar la ocurrencia del comportamiento objeto de investigación; a su vez, en los eventos de haber acontecido, es plausible que la ley no considere tal hecho –conducta de acción o de omisión– como infracción penal, hipótesis que apunta al fenómeno de la atipicidad absoluta o relativa, es decir, que no está recogido por ningún tipo penal o no se adecua a ninguno por falta de alguno de los elementos estructurales del tipo penal imputado.

De otro lado, la acción penal no puede iniciarse cuando del material probatorio allegado al expediente se hallen acreditadas las denominadas por la doctrina y la jurisprudencia causales objetivas de terminación de la acción penal, taxativamente señaladas en la norma: la muerte del imputado¹⁰⁰, el desistimiento en los casos

100 Ley 522 de 1999. Artículo 79. Extinción por muerte. La muerte del procesado extingue la respectiva acción penal, la del condenado, la penal y la del inimputable, la medida de seguridad.



establecidos en la ley¹⁰¹, la amnistía propia¹⁰², la prescripción¹⁰³, la oblación¹⁰⁴, la conciliación¹⁰⁵, la cosa juzgada¹⁰⁶, y de manera particular cuando se halle acreditado que el imputado no fue quien realizó el comportamiento reprochado punitivamente, objeto de la indagación preliminar”.

Ahora bien, razón le asiste al *a quo* al afirmar que “(...) Cuando el quejoso abandona o no muestra interés en el resultado del proceso penal, contrariando con ello el postulado rector de que trata el No. 7 del artículo 95 de la Constitución Política de Colombia, la administración de justicia no puede esperar en forma indefinida a que concurra a poner marcha o acelerar el aparato judicial. Bajo tal entendido debe procederse a su archivo, por lo menos hasta tanto no se alleguen pruebas que permitan una investigación”, pues realmente el denunciante no contribuyó con la administración de justicia, era importante que cumpliera con su deber de acudir a los estrados judiciales desde el mismo momento en que puso en conocimiento de la autoridad la presunta arbitrariedad de la cual fue objeto a fin de esclarecer los hechos materia de indagación; sin embargo, omitió tal compromiso. Destaca la Sala que en materia procesal quien alega una pretensión, una excepción o una circunstancia relevante de la cual se deriven consecuencias jurídicas está obligado a suministrar la prueba correspondiente, a colaborar y presentarse ante el respectivo despacho. Dicha obligación, que obedece más a la colaboración que deben a la administración de justicia todos los ciudadanos de la República que a una inversión de la carga de la prueba en materia penal, se contrae a acreditar al menos sumariamente los hechos que son objeto de denuncia, presuntamente constitutivos de un comportamiento reprochable, sin que ello obste para que el Estado a través de su aparato judicial determine, como sucede en el evento *sub judice*, que ningún abuso de autoridad se evidenció de los medios de prueba allegados a la actuación, en tanto que, se reitera, ARHE y CJJV obraron en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, sin que hasta el momento se pueda inferir que materialmente ejecutaron su comportamiento excediendo su función y guiados bajo una actitud psíquica voluntaria y consciente de capricho o con marcados fines personales contrarios a la voluntad de la ley y al interés público (...).” **(Rad. 158402 del 30 de marzo de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Tercera Sala de Decisión).**

101 Ley 522 de 1999. Artículo 80. Desistimiento. El desistimiento aceptado por el querellado extingue la acción penal, en los casos y condiciones previstos en la ley. Tratándose de lesiones personales cuya incapacidad para trabajar o enfermedad no pase de treinta (30) días, sin secuelas, la acción penal se extinguirá a petición del ofendido. Concordante además con la Ley 1058 de 2006.

102 Ley 522 de 1999. Artículo 81. Amnistía e indulto. La amnistía extingue la acción penal; el indulto solamente la pena.

103 Ley 522 de 1999. Artículo 82. Prescripción. La acción y la pena se extinguen por prescripción.

104 Ley 522 de 1999. Artículo 93. Oblación. El sindicado de un hecho punible que solo tenga pena de multa podrá poner fin al proceso pagando la suma que señale el juez, dentro de los límites fijados en la respectiva disposición legal.

105 ARTÍCULO 1.º <Ley 522 de 1999, derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver artículo 628 sobre su vigencia>. El título décimo, capítulo iii, “Procedimiento especial”, del libro tercero de la Ley 522 de 1999 quedará así: Artículo 578. Delitos que se juzgan. (...) abuso de autoridad especial, lesiones personales cuya incapacidad no supere los treinta (30) días sin secuelas (...). En caso de no poderse llegar a un acuerdo dentro de los tres días siguientes a la citación de las partes, surtida a través de medio idóneo, se entenderá que no hay ánimo conciliatorio y se continuará con el trámite establecido en la presente normatividad.

106 Ley 522 de 1999. Artículo 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 previstas respecto de la acción de revisión.

80. INDAGACIÓN PRELIMINAR

Finalidad. Procedencia decisión inhibitoria

“(…) la finalidad de esta clase de pesquisas judiciales es una sola, la de determinar si hay lugar o no a que el Estado a través de su aparato judicial ejercite la acción penal en contra de la persona, o personas, de quienes se predica la comisión de una conducta que objetivamente reviste las características de delito y ello lo haga, en consecuencia, al interior de una investigación formal, verificación que demanda *‘determinar si ha tenido ocurrencia el hecho que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades; si está descrito en la ley penal como punible; la procedibilidad de la acción penal y practicar y recaudar las pruebas indispensables con relación a la identidad o la individualización de los autores o partícipes del hecho’*, tal como dispone el canon antes citado.

Una averiguación de esta naturaleza solo puede desembocar en el inicio de una investigación formal tal cuando se reúnan la totalidad de los presupuesto en cuestión, esto es, a) que realmente haya ocurrido el hecho del cual da cuenta la *notitia criminis* (que fenoménicamente eso que se denunció o conoce el funcionario por virtud de su facultad oficiosa tuvo manifestación material, concreta o perceptible por los sentidos), b) que el mismo efectivamente se halle positivizado como punible en un tipo penal (tipicidad objetiva), c) que no exista ninguna circunstancia que troque en improcedente el ejercicio punitivo del Estado (v. gr., la ausencia de querrela cuando esta se requiere, la prescripción, la oblación, la muerte del procesado, el desistimiento, la amnistía, la conciliación, etc.) y d) que se identifique, o al menos se individualice, a la persona o personas a quienes se señale de ser autores o partícipes (esto porque el proceso penal tiene un destinatario que eventualmente puede sufrir las consecuencias punitivas previstas en la disposición sustancial violada y tales consecuencias solo pueden inferirse cuando haya plena prueba de la responsabilidad, esto es, cuando exista certidumbre sobre la persona respecto de quien se formula el juicio de esa naturaleza, amén de que ello evita incurrir en errores judiciales respecto del justiciable).

A contrario *sensu*, el resultado final de la pesquisa será el de inhibirse de desatar la acción penal cuando el hecho, en su sentido naturalístico se itera, no ha existido (fenoménicamente nunca aconteció) o la conducta es atípica (no confluyen los elementos que corresponden al tipo objetivo) o la acción penal no puede iniciarse (por cuanto subyace una circunstancia objetiva que torna en improcedente el ejercicio de la acción penal).

Así las cosas, refulge que en tratándose de la indagación preliminar, lo que compete al operador judicial es una constatación de lo llegado a su conocimiento, que no demande ingentes esfuerzos probatorios ni complejas elucubraciones jurídico-rationales, aunque sí apoyada en razonamientos lógicos y con un mínimo de sustento probatorio, de cara a los presupuestos elementales para abordar una investigación penal formal, constatación que de no reunir la totalidad de esos presupuestos, los precisados párrafos atrás, conducirán perentoriamente a la adopción de la pluricitada decisión inhibitoria.



Y es que a juicio de esta Sala, no otra puede ser la interpretación de los artejos antes trasuntados que regulan la finalidad de esta etapa preprocesal y lo atinente a sus formas de culminación, pues de no ser así no se entendería el por qué de lo breve del término para su adelantamiento y la razón para que, a diferencia de lo que establecían los códigos de Procedimiento Penal de corte inquisitivo o mixto que rigieron en la jurisdicción ordinaria hasta antes del advenimiento del esquema procesal acusatorio, en la codificación castrense no se haya incluido como circunstancia que determina el proferimiento de auto inhibitorio la demostración de causales de ausencia de responsabilidad, pues obvio resulta que ello no solo implica hacer elaboradas y juiciosas consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta, especiales valoraciones probatorias y sopesadas inferencias jurídico-rationales que conduzcan a la certeza de la operancia de aquellas causales, sino que también demanda el recaudo de prueba más que suficiente al efecto, lo que resulta contrario a la inspiración ontológica de la etapa preprocesal analizada habida cuenta de que, la experiencia enseña, aquello no se logra en un lapso tan expedito como el de dos (02) meses, a que se refiere el artículo 455 de la Ley 522 de 1999, mismo que se amplía a seis (06) meses solo cuando no ha sido posible la identificación o individualización del posible autor o partícipe del hecho (...)” **(Rad. 158191 del 5 de junio de 2015, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



81. INDAGATORIA

En esta diligencia solo puede interrogar el funcionario judicial

“Se ha de precisar que conforme a la ritualidad del proceso penal militar (artículo 500 Ley 522/99)¹⁰⁷, solo el juez penal militar podrá interrogar al vinculado en la diligencia de indagatoria y únicamente en aquellos eventos que durante la diligencia de indagatoria el indagado presente cargos contra terceros, se impondrá el testimonio y este acápite se manejará como un testimonio. En otras palabras, es una prohibición expresa que alguien distinto al funcionario judicial interrogue en la indagatoria (CSJ Rad. 21144 sept/2007)¹⁰⁸.

En consecuencia, no resultaba viable acceder a la petición del apoderado de la parte civil para interrogar a la indagada o, lo que es lo mismo, desarrollar el cuestionario que él presenta por escrito en el momento de iniciar la indagatoria, pues acceder a ello sería sostener erróneamente que el apoderado de la parte civil no puede preguntar de manera directa, pero sí lo puede hacer por intermedio del juez” **(Rad. 158100 del 10 de agosto de 2016, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS).**

¹⁰⁷ Ley 522 de 1999. Artículo 500. En diligencia de indagatoria solamente el juez podrá dirigirle preguntas al indagado.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia / Sala de Casación Penal. Radicado 21144, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. 12 de septiembre de 2007.

82. INDEMNIZACIÓN INTEGRAL

Con la expedición de la Ley 1407 de 2010 es viable su aplicación en la jurisdicción castrense como causal de extinción de la acción penal

“Comoquiera que la génesis de la alzada está dada por la posibilidad de dar aplicación dentro de los procesos que se adelantan en la justicia penal militar, a la figura de la indemnización integral de perjuicios como causal de extinción de la acción penal, tema sobre el que, en el pasado se han presentado criterios encontrados al interior de esta Corporación, pues en algunas decisiones se negó su aplicación y en otras oportunidades se admitió su reconocimiento, esta Sala de Decisión estima de cardinal importancia realizar un nuevo examen en torno a la viabilidad de la aplicación de esta figura que hoy consagra la Ley 1407 de 2010, artículo 75.8, en esta jurisdicción especializada.

Inicialmente debemos recordar que esta figura no aparece expresamente consagrada en la Ley 522 de 1999, por ello su aplicación al interior de esta jurisdicción fue muy limitada, en la generalidad de los casos se negaba su reconocimiento bajo el entendido de que en virtud de la cláusula general de competencia prevista en los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución Política y atendiendo el principio de especialidad, el legislador había estimado que no se hacía necesario establecer ese supuesto fáctico procesal como causal de extinción de la acción penal en esta jurisdicción; por tanto, no existía ningún vacío legal y en esa medida no era posible recurrir por integración normativa a la norma ordinaria.

Hoy, bajo la égida de la nueva sistemática punitiva castrense (Ley 1407 de 2010, artículo 75, numeral 8), por voluntad del legislador consagró como causal de extinción de la acción penal ‘*La indemnización integral de perjuicios en los casos previstos en la ley*’, configuración legislativa que deja sin piso jurídico el argumento en torno al cual se negaba su reconocimiento y aplicación de esa figura, razón suficiente para recoger los criterios bajo los cuales esta Sala de Decisión había fundado las decisiones producidas en ese sentido en pretéritas oportunidades y señalar que conforme a lo dispuesto en la nova legislación, se debe reconocer y aplicar la figura de la indemnización integral de perjuicios en los casos previstos en la ley, como causal de extinción de la acción penal, en esta jurisdicción.

Empero, a pesar de la claridad de la norma en relación con el reconocimiento y aplicación de esa figura en esta jurisdicción, en la praxis surge una nueva problemática en tanto que la Ley 1407 de 2010, en el artículo 75.8, solo consagra la indemnización integral como causal de extinción de la acción penal, pero no fija el procedimiento y/o la forma en que debe tramitarse ese incidente, además, condiciona su reconocimiento solo para los casos previstos en la ley, sin que posteriormente se determine en qué casos procede, es decir, se presenta un vacío



o laguna legal” (Rad. 158360 del 30 de junio de 2016, M.P. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME. Segunda Sala de Decisión).



83. INDICIO GRAVE DE RESPONSABILIDAD

No se estructura cuando de la prueba recolectada se infiere la presencia de una causal de ausencia de responsabilidad

Por tal motivo, en punto del análisis primario de congruencia típica, encuentra esta Sala de Decisión que se satisfacen en forma indiciaria los elementos integrantes para el tipo penal objetivo de homicidio, circunstanciado al parecer de acuerdo con las pruebas recolectadas hasta el momento, por una causal de exclusión de la responsabilidad. En tal sentido no se encuentra debidamente estructurado el indicio grave de responsabilidad, como lo afirma la apelante; por lo tanto, resulta improcedente la restricción de la libertad de los encartados según lo establece el artículo 537 de la Ley 522 de 1999, sumado a que tampoco se cumplen los fines constitucionales para que esta se torne necesaria y proporcional con el fin perseguido. (Rad. 156131 del 10 de julio de 2015, M.P. CR (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Cuarta Sala de Decisión).



84. INFORMES DE INTELIGENCIA NO TIENEN VALOR PROBATORIO

La pertinencia de la prueba

(...) La Ley 1621 del 17 de abril de 2013, por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo labores de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones, establece los principios generales, funciones, autoridades que pueden ejercer actividades de inteligencia y contrainteligencia, las medidas de control y supervisión, entre otros aspectos que regulan dicha actividad, definiendo la actividad de inteligencia y contrainteligencia como aquella *“que desarrollan los organismos especializados del Estado del orden nacional, utilizando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, con el objetivo de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional, y cumplir los demás fines enunciados en esta ley”*¹⁰⁹ (...).

En ese orden de ideas, el artículo 35 de la citada normatividad establece que en ningún caso los informes de inteligencia y contrainteligencia tendrán valor pro-

¹⁰⁹ Artículo 2.º Ley 1621 de 2013.

batorio dentro de procesos judiciales y disciplinarios, señalando que su contenido podrá constituir criterio orientador durante la indagación, garantizando finalmente la reserva de la información, medios, métodos y fuentes, así como la protección de la identidad de los funcionarios de inteligencia y contrainteligencia (...).

En este sentido, tanto el artículo 400 de la Ley 522 de 1999 como el artículo 515 de la Ley 1407 de 2010 establecen que la pertinencia hace relación a que el medio de prueba se refiera directa o indirectamente al asunto objeto del proceso mismo mediante la demostración de una circunstancia específica. En otras palabras, la pertinencia es la relación entre el medio probatorio y el objeto de prueba, elemento del que carece la solicitud probatoria presentada, como acertadamente lo señala el representante del Ministerio Público, puesto que no se concretó argumentativamente la relación entre las funciones del denunciante, los integrantes de la sección de inteligencia y sus responsabilidades con la conducta particular desarrollada por el sindicado. Resaltando que el somero enunciado fáctico propuesto con la solicitud probatoria no guarda de modo alguno relación con el hecho jurídicamente relevante imputado al procesado, no resultando su práctica importante, eficaz o útil para los fines del proceso (**Rad. 158184 del 4 de junio de 2015 M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tercera Sala de Decisión**).



85. INFRACCIÓN AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

Elevación del riesgo

“Es que la producción del resultado típico por parte del PT. CAJA surge como consecuencia de la infracción al deber de prever que al portar un arma de fuego cargada¹¹⁰ y oprimir su disparador podía lesionar a cualquier persona que se encontrara en la muchedumbre, comoquiera que no pensó en la trayectoria que podría tener el proyectil, situación que resultaba previsible en la medida que estaba rodeado de personas. Por tal razón considera la Sala que el acusado, al desatender las medidas de seguridad establecidas y consignadas en el decálogo de seguridad para con las armas de fuego, que son herramientas básicas que se imparten en las instrucciones de las escuelas de formación y unidades a los incorporados y que se reitera al inicio en cada uno de los servicios de patrullaje, eleva el riesgo permitido y facilita las condiciones para producir el resultado típico aquí acusado.

Recordemos que el Manual de Patrullaje Urbano dispone la viabilidad al policial de emplear el arma de fuego entregada en dotación cuando a pesar de realizar diferentes mecanismos disuasivos no ha sido posible restablecer el orden, y donde se advierte que debe ocasionar el mínimo daño posible a la integridad de las personas.

110 Folio 200. Indagatoria: “(...) por motivo de atentado terrorista el arma de fuego de dotación primero cuando se sale al servicio se hace con cartucho en la recámara esto con el fin de extremar a máximo las medidas de seguridad y autoprotección”.



A su vez, no puede desconocer otras disposiciones, tales como la Resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979, a través de la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que propende a que los funcionarios policiales en el desempeño de sus tareas protejan la dignidad humana, así como el conjunto de los derechos de la persona, y a que el uso de la fuerza sea excepcional, sin que pueda hacerse uso de ella cuando no es razonable ni proporcionalmente necesaria.

Asimismo, el artículo 29 del Código Nacional de Policía prevé el uso de la fuerza por parte de los funcionarios de policía en cuanto sea estrictamente necesario en orden a impedir la perturbación del orden público o para restablecerlo, o cuando constituya el último remedio en caso de urgencia ante el peligro real o inminente de que se cause un daño material o ante evidente manifestación de peligrosidad. De manera que con las evidencias probatorias reseñadas y los fundamentos normativos estaría demostrado el nexo de causalidad existente entre la acción desplegada por el procesado y el resultado que se le imputa, es decir, las lesiones personales del particular.

Ahora bien, la solución al problema jurídico que se debate también encuentra su soporte dogmático en la demostración probatoria del vínculo naturalístico de la acción con el resultado y por consiguiente en la viabilidad de realizarle un juicio de imputación objetiva al acusado, por cuanto se demostró que su falta de diligencia e incumplimiento de los reglamentos en el manejo de las armas de fuego e incluso del manual de patrullaje tuvo relación de determinación con la producción del resultado¹¹¹.

Luego era de pleno conocimiento del procesado que en vista de la aglomeración de personas no le era viable hacer uso de su arma de dotación, ni siquiera como medio disuasivo o como mecanismo de amenaza; y si bien es cierto pretende negar que en ningún momento desenfundó el arma, estas exculpaciones resultan ficticias con el propósito de evadir su responsabilidad frente a la acusación y situación, que es lo normal cuando una persona se encuentra frente ante una conducta de esa entidad. Son los testimonios arriba analizados, junto con el dictamen de los expertos en balística y el informe medicolegal, los que logran determinar con precisión que bajo las circunstancias descritas por el procesado no era viable que el señor WPC hubiese sido lesionado conforme a las heridas conocidas en autos.

No existe justificación en su actuar por el solo hecho de referir que era víctima de unos ataques inminentes por parte de la población que se encontraba en la riña y que le generaron tal tensión que lo obligaron a protegerse, pues las probanzas indican clara y detalladamente que infringió el deber objetivo de cuidado que le era exigible con su arma de dotación y como consecuencia realizó una conducta culposa (**Rad. 158536 del 16 de noviembre de 2016, M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA**).

¹¹¹ Véase en este sentido Velásquez Fernando, Derecho penal parte general” pág. 687.

86. INIMPUTABILIDAD

No se genera por el hecho del consumo de sustancias alucinógenas tóxicas, pues debe determinarse el origen de la alteración biopsíquica y que ella sea coetánea con la realización de la conducta

“Ahora bien, en el hipotético evento de que esa tarde el procesado hubiera consumido marihuana, ello no implica *per se* el reconocimiento de la inimputabilidad, pues para ello se requiere determinar el origen de la alteración biopsíquica, que bien pudiera ser el consumo de marihuana, pero, adicional a ello, se ha de presentar la coetaneidad con la conducta realizada, la cual ocurrió hasta en horas de la noche, aproximadamente a las 20:00 horas, e igualmente se ha de establecer cuál fue el desequilibrio en la conciencia del procesado que permita relacionar un nexo causal con la conducta aquí investigada. Solo ante la existencia de dichos presupuestos, se podría pregonar la inimputabilidad del sujeto activo del punible de abandono del puesto en el caso *sub judice*.

En otras palabras, podrá señalarse que la inimputabilidad requiere la demostración del estado de intoxicación en el momento de cometer el delito, refiriéndonos necesariamente en el caso *sub judice* al consumo de sustancias psicoactivas, que dicha intoxicación haya causado el efecto de desaparecer la capacidad de comprensión de la ilicitud de su comportamiento, así como de determinar sus actos con tal comprensión. De manera que el presunto consumo de sustancias psicoactivas, marihuana para nuestro caso, por parte del SLR. VGLA, no genera *per se* la declaración de inimputable como erróneamente lo sugiere la defensa (...).

Sobre el tema habremos de referirnos a lo enseñado por la jurisprudencia en el entendido de que el solo origen o el consumo de sustancias tóxicas **no implica** la afectación en la capacidad de comprender la ilicitud de un comportamiento y de determinarse conforme a dicha comprensión (...).

“Es preciso recordar que existen consumidores ocasionales o habituales y no por ese solo hecho se genera *per se* la afectación en la comprensión y la determinación. Conforme a ello, es en este contexto donde se desecha el argumento defensivo de la falta de investigación integral, pues no señala la prueba que cambiaría la situación de imputabilidad por la de inimputabilidad y menos cuando en su argumento señala que la falta de investigación radicó en establecer si para el momento de los hechos el procesado consumió o no marihuana. Recuérdese que el consumo puede ser la fuente de la intoxicación, pero no conduce necesariamente a causar el efecto de la inimputabilidad, pues esta declaración requiere de otros presupuestos, especialmente la demostración de la afectación en la comprensión y en la determinación de su actuar” (Rad. 157886 del 18 de agosto de 2015. M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).

87. INSPECCIÓN JUDICIAL

La no presencia de la defensa técnica genera inexistencia de la diligencia y no nulidad

“...podemos afirmar que la teoría jurisprudencial que fundamenta las nulidades exige para su reconocimiento una afectación sustancial a la estructura básica del procedimiento, en la medida que no toda violación a las formalidades sustanciales exigidas para la práctica de un medio probatorio necesariamente genera una nulidad. Así se entiende desde la misma sistemática de los principios que orientan la declaratoria de las nulidades, según se establece en los artículos 388 a 393 de la Ley 522 de 1999, en el entendido de que pese a que el acto llegare a cumplir con la finalidad para la cual estaba destinado, la actuación podría invalidarse solo cuando con su práctica se afecten los derechos de defensa, debido proceso y juez natural, siempre y cuando se afecte el proceso en todo o en parte, situación que no se vislumbra en el presente caso.

Y no es factible acoger la petición de nulidad presentada por la defensa, ... porque en criterio de esta Magistratura estamos frente a una prueba o diligencia de la que exige expresamente la ley que para su validez se agoten ciertas formalidades legales¹¹², *verbi gratia* que el sindicado para la práctica de la diligencia de inspección judicial deba estar acompañado de su defensor de confianza, luego como dicha formalidad no fue observada por la juez de instrucción, necesariamente el acto se refuta inexistente, como superficialmente lo mencionó la defensa en su escrito de apelación, mas no nulo, por tal razón le corresponderá al juez en su momento al valorar la prueba manifestarse sobre su existencia y validez¹¹³.

Es dable, bajo la anterior interpretación normativa y jurisprudencial, que la Sala de Decisión, frente al problema jurídico puesto en conocimiento, pueda arrimar a la conclusión de que si bien en forma acuciosa y diligente la Juez 34 de Instrucción Penal Militar realizó una labor titánica en la realización de la inspección judicial, puesto que debió efectuar un sinnúmero de coordinaciones para lograr la comparecencia de las partes, el apoyo de la Policía Judicial con los peritos, el desplazamiento de los testigos y la seguridad en el sitio de los hechos a través de los miembros del Batallón de Ingenieros No. 5, ‘CALDAS’, de igual forma descuidó el cumplimiento de ciertas formalidades exigidas por la Constitución y la ley e inherentes al procesado, como lo es la obligación de estar acompañado por su defensor de confianza en la práctica de una prueba, ya que la funcionaria judicial dispuso llevar a cabo la diligencia con la presencia del sindicado sin la de su defensor, lo cual por regla general nos ubica en un plano de inexistencia del acto procesal¹¹⁴ (**Rad. 158230 del 28 de marzo de 2016, M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Cuarta Sala de Decisión**).

112 Artículo 29 C. N. (...) Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

113 Artículo 393 Ley 522 de 1999.

114 Artículo 305 Ley 600 de 2000. Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales las diligencias practicadas con la asignación e intervención del procesado sin la de su defensor. Artículo 326 Ley 522 de 1999. Para todos los efectos procesales se considerará inexistente la diligencia practicada con la asistencia e intervención del procesado sin la de su defensor. El juez le comunicará a éste oportunamente el día y la hora de las diligencias y si no compareciere, le designará defensor de oficio. Artículo 195 Ley 1407 de 2010. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

88. JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

Carece de competencia para desconocer los efectos jurídicos que contienen los actos administrativos

“A partir del instante en que el acto administrativo entra al tráfico del mundo jurídico, esto es, desde de la fecha de su expedición o de la novedad fiscal cuando para sus efectos en él se indique, es que este goza de la presunción de acierto y legalidad y por lo tanto genera los efectos legales en él dispuestos; en otras palabras, tiene atribuciones en sí mismo como lo es la presunción de legalidad, que da vida a todos los efectos en él contenidos...” (...).

“Además, se insiste, no es a la jurisdicción penal militar a la que le corresponde desconocer los efectos del acto administrativo –incorporación–, o por decirlo en términos más precisos, abrogarse una acción de nulidad del mismo, puesto que ello corresponde a otra jurisdicción –contencioso-administrativa–...”.

“Como ya se ha sentado en anteriores pronunciamientos de esta misma Sala de Decisión, en el hipotético caso en que se evidencien elementos que permitan desvirtuar esa presunción de legalidad de la cual gozan los actos administrativos, tal eventualidad solo puede ser declarada por una autoridad administrativa competente para limitar los efectos jurídicos del mismo, ya sea por la misma autoridad administrativa que lo expidió –vía gubernativa– o por vía de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siendo lo único cierto que la jurisdicción penal militar no tiene la atribución y mucho menos la competencia para desconocer los efectos jurídicos que contienen o llevan consigo los actos administrativos” (**Rad. 158336 del 11 de febrero de 2016, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión**).



89. LEGÍTIMA DEFENSA

Requisitos para que opere dicha causal de ausencia de responsabilidad

“(…) para que se configure la legítima defensa es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) Que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción anti-jurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual (patrimonio económico, vida, integridad física, libertad); b) Que sea actual o inminente, es decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo; c) Que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice, para lo cual se han de analizar en cada caso en concreto un cúmulo de circunstancias, como el modo, tiempo y lugar que rodearon el hecho, los bienes jurídicos en tensión, la entidad de

la agresión e incluso los medios utilizados¹¹⁵; d) Que la entidad de la defensa sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios como en medida, a la de la agresión; e) Que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada, es decir, que de darse la provocación, esta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado¹¹⁶; y vii) la existencia del ánimo defensivo por parte del actor, no de un ánimo vindicativo.

Concomitante con lo anterior, resulta prudente destacar, habida cuenta de lo que manifiesta el censor, que en aquellos eventos en que la defensa no sea proporcional a la agresión, se estará ante un exceso defensivo que desdibuja la aludida causal de ausencia de responsabilidad, ya sea porque la defensa se prolongó más allá del tiempo necesario para repeler o evitar la agresión (exceso extensivo), ora porque la defensa debió y pudo adoptar una intensidad lesiva menor (exceso intensivo) en tratándose de los medios escogidos y utilizados para repeler o hacer cesar la agresión.

En punto a dicho exceso en esta causal de ausencia de responsabilidad, mismo al que se refiere el recurrente en su escrito, cabe decir que con miras a su determinación se requiere la valoración de todas las circunstancias que rodearon la ocurrencia de los hechos en el caso concreto (...).

Pero es más, ese exceso, que opera como circunstancia de aminoración punitiva, por otra parte supone que el sujeto agente actuó dentro de los cauces propios de esta causal negativa de la antijuridicidad, pero que se extralimitó en su ejercicio, caso en el cual si bien no le asiste el derecho de ampararse en ella para enervar su compromiso penal, le dispensa un tratamiento especial que se traduce en un menor grado de exigibilidad y, por tanto, de punibilidad. No a otra conclusión cabe atracar si se analiza la locución *“El que exceda los límites...”*, pues ella presupone que para poder hablar de exceso resulta indispensable que aquel sujeto se encuentre en determinado momento dentro de los límites propios de la justificante que se alega (...)” (Rad. 158334 del 8 de junio de 2016, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).



90. LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR

La falta de esta hace que se rechace de plano la apelación

“Examinado el proceso, la Sala encuentra que la impugnación presentada por la señora MR debió ser rechazada de plano por cuanto la recurrente carece de legitimación en la causa, pues si bien es cierto, en gracia de discusión, pudiéramos afirmar que tenía el interés para recurrir, dado que alega que su hijo en este momento no tiene la capacidad para autodeterminarse (hecho no demostrado en el proceso) y el

115 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia mayo 5 de 2004, rad. 19922.

116 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia junio 26 de 2002, rad. 11679.

mismo fue cobijado con una condena que afecta no solo su libertad, sino además la capacidad económica de la familia, no es menos cierto que dentro del expediente no está acreditada como sujeto procesal, es decir, no cuenta con la capacidad procesal para actuar, amén de ello, el procesado se halla debidamente representado por un abogado de la Defensoría Pública.

Para entender el anterior planteamiento debemos recordar que en el campo procesal la capacidad para ser parte consiste en la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y deberes procesales, de donde deviene la denominada capacidad procesal o “*legitimatio ad processum*”, como la denominan algunos tratadistas¹¹⁷, que no es otra cosa que la aptitud del sujeto que asume el carácter de parte procesal para ejercer los derechos y las facultades conferidas en la ley, así como para asumir los deberes, las cargas y las obligaciones que se generan en el proceso para concebir actos procesales válidos.

En ese orden, se hace necesario distinguir entre legitimación y capacidad, aunque a veces aparecen confundidas en el lenguaje común, incluso en el lenguaje jurídico común, a pesar de 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, como se dijo, 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*”. **(CSJ CP Radicado 22758 23 de febrero de 2005 DRA. MARINA PULIDO DE BARÓN)**¹¹⁸.

Atendiendo lo preceptuado en el título quinto del libro tercero de la Ley 522 de 1999, al consagrar los intervinientes en la relación procesal que denomina “*sujetos procesales*”, precisa de manera taxativa que serán el Ministerio Público, la Fiscalía Penal Militar, el Procesado, el Defensor y la Parte Civil, sin que dentro de ese listado puedan asimilarse como sujeto procesal los integrantes del grupo familiar del procesado, para el caso la señora madre del enjuiciado.

De otro lado, debe advertirse que dentro del proceso no obra prueba de que el procesado JFGM haya sido declarado interdicto y que como consecuencia de esa declaración se le haya nombrado como curador a la señora ADJML, solo se encuentran las alegaciones de la citada, que afirma que su hijo sufre demencia postraumática que no le permite valerse por sí mismo, aserción que respalda en unas fotocopias ilegibles.

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

118 “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. 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”.



Igualmente, obra en el proceso copia de la historia clínica, de la que se infieren unas lesiones que al parecer le causaron un trauma psicológico, pero no obra dictamen medicolegal que así lo determine, solo se evidencia que se intentó por parte del juzgado primario conseguir esa pericia con miras a declararlo inimputable, con resultados negativos.

No obstante, tales elementos de juicio no llevan a predicar la condición de sujeto procesal de la señora ADJML, como tampoco de curador del procesado, debiendo resaltar que dentro del proceso ha contado con defensa técnica durante toda la actuación.

Consecuente con las anteriores razones, la señora ADJML no puede ser tratada como sujeto procesal por cuanto no cuenta con capacidad procesal para actuar, como tampoco legitimación para impugnar la sentencia condenatoria. En consecuencia, la apelación presentada por la citada ciudadana debe ser rechazada de plano y la Sala se deberá abstener de pronunciarse respecto de ese recurso” (**Rad. 158344 del 31 de mayo de 2016, M.P. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME. Segunda Sala de Decisión**).



91. LESIONES PERSONALES CULPOSAS

Delitos imprudentes. Deber objetivo de cuidado. Principio de confianza. Autopuesta en peligro.

“(…) Ahora bien, atinente a este tipo de delitos, se habrá de rememorar la imputación de la conducta reprochada y del resultado dañoso implica verificar si la posición de garantía del sujeto agente halla origen en la creación de riesgos o en roles institucionales y cuáles son los deberes que surgen de ello; juicio de imputación que luego se concretará analizando i) cuál fue el riesgo creado y si este se halla permitido o no, al igual que si en el primer evento la permisión fue rebasada, ii) el principio de confianza, en la medida que sea factible invocarlo, iii) la existencia de acciones a propio riesgo imputables a la víctima, y iv) la prohibición de regreso, según la cual el favorecimiento de conductas dolosas o culposas por un tercero no le son imputables a quien las hubiere facilitado dentro del riesgo permitido. Demostrada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, habrá, además, de verificarse si el riesgo creado fue el que se concretó de forma determinante en la producción del resultado dañoso.

Asimismo, se deberá tener en cuenta que el reato culposo, en su fase subjetiva, abarca la posibilidad de conocer el deber objetivo de cuidado, el peligro que la superación del riesgo permitido representa para los bienes jurídicos y de prever el resultado con arreglo a esa cognición, lo que doctrinalmente se ha denominado desvalor de acción, pero también es necesario, en tratándose de lesiones, un desvalor de resultado para preservar la intervención mínima del derecho penal (...).

Bajo la dogmática actual del delito imprudente, el resultado típico solo le es imputable al infractor del deber de cuidado, siempre y cuando su conducta haya sido la

causa del resultado antijurídico. Así entonces, no basta con la violación a la normatividad que impone el deber de cuidado, *verbigratia* guiando a exceso de velocidad el vehículo con el cual se causa lesiones a una persona que accede a una vía principal sin percatarse de los automóviles que circulan por allí, sino que es necesario, para la configuración del tipo objetivo de lesiones culposas, que tal violación del conductor haya determinado el resultado, o, en otras palabras, sea la razón de ser del resultado reprochable (...). (Rad. 158210 del 30 de junio de 2015, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Tercera Sala de Decisión).



92. LESIONES PERSONALES CULPOSAS

La falta de comprobación del nexo de causalidad entre la violación al deber objetivo de cuidado y el resultado hace atípica la conducta. Certeza para condenar.

“En ese orden de ideas, sería del caso analizar la violación al deber objetivo de cuidado para establecer la responsabilidad o no del patrullero AOMB, de no ser porque el cuarto componente no está probado, lo que nos coloca en un plano de atipicidad, como es la falta comprobación del nexo de causalidad, pues si bien están plenamente demostradas las lesiones de los cinco ciudadanos, las pruebas no determinan que dicho resultado hubiese sido producido naturalística y jurídicamente por la acción imprudente del patrullero AOMB, de manera que al no tener esa veracidad no le podrá ser imputado la conducta de lesiones personales culposas” (...).

“De otra parte, es claro el artículo 396 del Código Penal Militar, donde dispone la existencia de certeza del hecho punible y la **responsabilidad del sindicado** para proferir sentencia condenatoria conforme a las pruebas obrantes en el proceso, lo que desconoce el a quo cuando señala que los primeros disparos **deben** corresponder a los realizados por el patrullero AOMB y que luego hubo una segunda, que al menos hirió a una persona, y que ‘indefectiblemente esos disparos **debió** haberlos hecho AOMB’; o sea, el sustentar la sentencia en un **debió** no deja duda alguna de que se está frente a simples especulaciones del juzgador, pues parte de suposiciones y por ende sin fundamento probatorio alguno, ni siquiera indiciario, lo cual no puede ser el soporte para estructurar una sentencia de carácter condenatorio, que exige certeza, no inferencias personales” (Rad. 158298 del 2 de marzo de 2016, M.P. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Cuarta Sala de Decisión).



93. LESIONES PERSONALES CULPOSAS

Nulidad por vulneración del derecho al acceso a la administración de justicia

“(…) Hechas las anteriores precisiones, debe recordarse que uno de los fines de cualquier investigación penal es lograr recrear, lo más fehacientemente posible, la



conducta del implicado y el contexto en el cual se desarrolló, en aras de establecer, mediante el conjunto de medios probatorios legalmente ordenados y practicados, si en verdad se estructuró la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado; solo en estos eventos procederá la condena, en tanto que ante la presencia de duda sobre aquellos aspectos procede la aplicación del principio in dubio pro reo siempre que no haya medios reales e idóneos para disipar aquella, resaltando sí que el funcionario deberá desarrollar una buena labor investigativa practicando no solo las pruebas que de oficio considere necesarias para llegar a esa certeza relativa, sino además las solicitadas y ordenadas previo estudio de pertinencia, concurrencia y utilidad (...).

Surge en consecuencia, en nuestro actual sistema penal militar, una obligación ineludible de los funcionarios que tienen a su cargo el caso en concreto, realizar todos los esfuerzos investigativos tendientes a esclarecer los hechos y conductas indagadas, pues de no ser así no se podría hablar de una verdadera investigación y contrariamente se vulnerarían principios tan claros como el de administración de justicia y el de verdad, por nombrar algunos (...).

En este caso en particular resulta palmar a juicio de la Sala que se han conculcado garantías connaturales al proceso penal como lo es el acceso a la administración de justicia y con ello el debido proceso, en tanto que se dejaron de practicar pruebas solicitadas en su momento por la parte civil, legalmente ordenadas por el Fiscal 149 de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali mediante auto del 8 de septiembre de 2014, y parcialmente por el juez de instancia mediante auto del 25 de junio de 2015, a saber: las declaraciones de SNG y ML y las demás señaladas en el punto quinto de la providencia atrás referida suscrita por el fiscal, pruebas calificadas por este funcionario como conducentes y pertinentes y así concebidas por el iudex a quo, pues no bajo otra premisa hubiere decretado su práctica (...)" **(Rad. 158327 del 16 de febrero de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ Tercera Sala de Decisión).**



94. MECANISMO SUSTITUTIVO DE LA PENA DE PRISION POR PRISION DOMICILIARIA

Medida transitoria y humanitaria, no tiene la categoría de pena

“Al revisar el capítulo de las penas, hallamos que en la justicia penal militar existen dos clases, unas principales y otras accesorias; dentro de las primeras están la de prisión y la multa, en las segundas figuran: “1. Restricción domiciliaria. 2. Interdicción de derechos y funciones públicas. 3. Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio. 4. Suspensión de la patria potestad. 5. Separación absoluta de la fuerza pública. 6. Prohibición de porte y tenencia de armas de fuego. 7. Prohibición de consumir bebidas alcohólicas”¹¹⁹.

¹¹⁹ Artículo 37 de la Ley 1407 de 2010.

Como se aprecia, en nuestra jurisdicción especial no se consideró la pena de prisión domiciliaria, como sí se previó en la justicia ordinaria, en la que esta es una categoría de pena sustitutiva de la pena de prisión y consiste en la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia o morada del sentenciado o en el lugar que determine el juez, siempre que se cumplan determinados presupuestos.

La reclusión domiciliaria instituida en el artículo 68 de la Ley 1407 de 2010, como sustitutiva de la pena de prisión, tiene lugar cuando el penado “...**se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal**, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo”; para su otorgamiento será necesario que medie el concepto de un médico legista especializado.

Dicho beneficio emerge claramente como un mecanismo de humanidad, con el que se busca salvaguardar la vida, la salud y la dignidad de la persona humana; por lo que de llegar a determinarse a través de prueba médica posterior que la situación que dio lugar a la medida ya no persiste y que por tanto el tratamiento sea compatible con la reclusión formal, el beneficio será revocado.

Nótese que la medida es transitoria, justamente porque no tiene la categoría de pena, como sí se contempla en el Compendio Punitivo Ordinario, donde su concesión está condicionada a la acreditación de otros elementos o presupuestos y no a una puntual circunstancia como antes se refirió” (**Rad. 158171 del 25 de octubre de 2016, M.P. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión**).



95. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Peligro para la comunidad

“En efecto, respecto al fin constitucional de la medida de aseguramiento, esto es, peligro para la comunidad, es preciso examinar el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 –aplicable en la jurisdicción penal militar con base en el principio de integración– en cuanto reza que se debe evaluar la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, y además valorar otras circunstancias como la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales, el número de delitos que se imputan y su naturaleza, el hecho de estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad por delito doloso o preterintencional, la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delitos dolosos o preterintencionales, la circunstancia de utilización de armas de fuego o armas blancas y otros más.

En conclusión, la argumentación del juez instructor para la imposición de la medida de aseguramiento es visiblemente incompleta en relación con el contenido del artículo 310 de la Ley 906 de 2004, pues los argumentos de la providencia para



imponer la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad personal no responden a la foliatura adelantada hasta el momento de la resolución de la situación jurídica provisional, pues no hay prueba indicativa de que el procesado represente un peligro para la comunidad, pues son varios los factores que debieron haber sido valorados por el juez instructor (...).

Consecuente con lo explicitado en el párrafo anterior, la prueba testimonial indica que en unas oportunidades anteriores el CP. SBAH se había presentado tardíamente o no se había presentado a actos del servicio, mientras que en la constancia del juzgado instructor lacónicamente se indica que contra el procesado se adelantan dos investigaciones más, la 089 y la 097, que califica *'de circunstancias parecidas'*, empero *'de fechas diferentes'*. Este es el argumento por el que el Instructor expresa que la conducta del procesado es repetitiva en cuanto tiene tres investigaciones en su contra, pero realmente, en primer lugar, no se precisa nada acerca de las circunstancias en que se presentaron los hechos que son materia de verificación, y, segundo, se desconoce respecto de las investigaciones adelantadas en su contra cuándo fueron abiertas, cuáles son los hechos relevantes y cuál es su estado actual, con el fin de poder evaluar si ello constituiría uno de los presupuestos del peligro para la comunidad. Sin embargo, es claro en todo caso, de acuerdo a la foliatura, que se trata de hechos anteriores a los que hoy ocupan al presente proceso penal y por ende, por un lado, no puede inferirse la continuación de la actividad delictiva, mientras que, por el otro, la alusión de los testigos y la constancia del juez instructor están lejos de constituir sentencias condenatorias vigentes, como lo refieren los numerales 1 y 4 del artículo 310 de la Ley 906 de 2004. (...).

Consecuente con lo expuesto en los párrafos anteriores, en relación con el presupuesto material que amerite la persecución del fin constitucional de conjurar el peligro para la comunidad que pudiera representar el procesado, en la providencia recurrida el juez no evaluó los diferentes factores tratados en el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 tantas veces citado, que le permitiera inferir si en efecto constituía un peligro para la comunidad, dentro de lo cual obvió considerar la gravedad y la modalidad de la conducta punible” (**Rad. 158496 del 6 de septiembre de 2016, M.P. CN. (RA) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión**).



96. NATURALEZA DE LA PROVIDENCIA QUE DECLARA PERSONA AUSENTE

No es objeto de recurso

(...) El procedimiento penal desarrollado por la Ley 522 de 1999 contempla que la condición de procesado se adquiere a partir de la vinculación a la investigación del uniformado, mediante indagatoria o declaración judicial de persona ausente, tal como lo estipula el inciso segundo del artículo 293 del Estatuto Punitivo Castrense.

Para que proceda la declaratoria de persona ausente, deben, en primer lugar, agotarse la diligencias necesarias para lograr la comparecencia del investigado al

proceso; efectuado sin éxito dicho trámite, se emplazará por edicto, que deberá permanecer fijado durante cinco días en lugar visible del despacho instructor. Vencido el plazo anterior sin que el investigado acuda al proceso, se procederá a declarar persona ausente y se le designará defensor de oficio¹²⁰.

El artículo 519 de la Ley 522 de 1999 señala que no podrá resolverse situación jurídica al procesado sin que previamente haya sido debidamente vinculado a la investigación, por regla general mediante indagatoria o, en su defecto, por declaratoria de persona ausente. Por su parte, el inciso segundo del artículo 521 de la citada codificación establece diferentes términos para resolver la situación jurídica en razón a la libertad de que goce el encausado, así: *“...Si el sindicado no estuviere privado de la libertad, el plazo para resolver situación jurídica será de diez (10) días contados a partir de la indagatoria o de la declaratoria de persona ausente...”* (subrayado fuera de texto).

Resulta claro entonces que la Ley 522 de 1999 o Código Penal Militar determina que dentro del esquema procesal adoptado, el acto de vinculación tiene lugar de manera general con la diligencia de indagatoria, oportunidad procesal en la que se da a conocer al sindicado la imputación fáctica y jurídica por la que se le investiga, momento en el cual adquiere la calidad de procesado. Sin embargo, el Código Penal Militar prevé que ante la imposibilidad de hacer comparecer al investigado al proceso, de forma excepcional la vinculación se produce a través de la declaratoria de persona ausente. El artículo 493 de la Ley 522 de 1999 señala de forma general el procedimiento que debe emplearse para efectuar la declaratoria de ausencia dentro del proceso punitivo castrense, pero no determina de manera específica la clase de providencia a la que corresponde y la procedencia de su notificación, como lo hace la Ley 600 de 2000.

Tanto el artículo 18 de la Ley 522 de 1999 como el artículo 14 de la Ley 1407 de 2010 determinan que en aquellas materias que no se encuentren reguladas en el Código Penal Militar 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 del Código Penal Militar, en virtud del principio de integración.

A las instituciones procesales que no se encuentran profusamente reguladas dentro del Digesto Punitivo Castrense les son aplicables las disposiciones, particularmente del Código de Procedimiento Penal mientras la norma ordinaria no se oponga a la naturaleza de la codificación castrense. Ejemplo de lo anterior resulta la declaratoria de persona ausente, figura contemplada tanto en el ordenamiento procesal especial como en el común, por lo que ante el vacío de la norma castrense bien puede la norma adjetiva ordinaria integrarla en procura de determinar su naturaleza y alcance. Frente al referido principio de integración sostuvo esta Corporación: *“...se construye a partir de la existencia de un vacío legal, de una parte, y, de*

120 Ley 522 de 1999. Artículo 493. Emplazamiento para indagatoria. Cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona que deba rendir indagatoria, se le emplazará por edicto, que permanecerá fijado durante cinco (5) días en lugar visible del despacho. Si vencido este plazo no hubiese comparecido, se le declarará persona ausente y se le designará defensor de oficio.



otra, que ese postulado jurídico que se pretende traer de otro ordenamiento jurídico no resquebraje la naturaleza del proceso...”¹²¹.

Así las cosas, comoquiera que la codificación penal adjetiva que se está aplicando en los procesos penales que adelanta actualmente la Justicia Penal Militar¹²² no determina las particularidades de la declaratoria de ausencia, no queda otra opción al operador judicial que acudir a la norma que regula esta materia en el procedimiento penal ordinario, situación que en nada resquebraja el sistema escritural que en este momento se está empleando en la jurisdicción castrense y que, por el contrario, nutre por vía de integración el trámite procedimental que se debe aplicar, siempre y cuando se respeten principios como el debido proceso y el derecho de defensa.

El artículo 344 de la Ley 600 de 2000 desarrolla íntegramente la figura de la declaratoria de persona ausente, disponiendo: *“Si ordenada la captura no fuere posible hacer comparecer al imputado que deba rendir indagatoria vencidos diez (10) días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido emitida a las autoridades que deban ejecutar la aprehensión sin que se haya obtenido respuesta, se procederá a su vinculación mediante declaración de persona ausente. Esta decisión se adoptará por resolución de sustanciación motivada en la que se designará defensor de oficio, se establecerán de manera sucinta los hechos por los cuales se lo vincula, se indicará la imputación jurídica provisional y se ordenará la práctica de las pruebas que se encuentren pendientes. Esta resolución se notificará al defensor designado y al Ministerio Público y contra ella no procede recurso alguno”.*

Obsérvese que la norma antes citada es concreta y precisa en definir cuál es la naturaleza y forma de notificación del acto de vinculación por vía de la declaratoria de persona ausente del sindicado que no se ha hecho presente a la investigación. La citada disposición determina claramente que la naturaleza de la providencia es de sustanciación notificable al defensor designado y al Ministerio Público, por lo que contra la misma no procede recurso alguno, como lo estableció la honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-248 de 16 de marzo de 2014, con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil. (...).

(...) la decisión de declarar la ausencia del procesado se limita a disponer un trámite necesario dentro del devenir procesal para continuar la actuación penal, ante la ausencia deliberada o involuntaria del sindicado al proceso, en aras a impedir su parálisis, garantizar el derecho a la defensa mediante el nombramiento de apoderado de oficio y lograr el esclarecimiento de los hechos a partir del recaudo exhaustivo de la prueba¹²³.

La declaratoria de ausencia, por su naturaleza eminentemente sustancial, no puede ser objeto de los recursos ordinarios puesto que ello se dispone para los pronunciamientos interlocutorios o las sentencias, correspondiendo a un auto de mero trámite que por disposición legal se notifica a los sujetos procesales que se hacen presentes al proceso¹²⁴. Por elemental lógica, se excluye precisamente al procesado contumaz,

121 Tribunal Superior Militar, Radicado 157776, 30 de septiembre de 2013, M.P. CR. Fabio Enrique Araque Vargas.

122 Ley 522 de 2000.

123 Corte Constitucional, sentencia C-100 del 11 de febrero de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

124 El artículo 333 de la Ley 522 de 1999 dispone: Las providencias que se dictan en el proceso penal militar se denominan
1. Sentencias, si deciden el objeto del proceso, previo el agotamiento del trámite de la instancia o de la casación.

puesto que irrazonable resultaría tratar de notificar la decisión que declara la ausencia precisamente a quien se halla ausente y no ha querido acudir al proceso **(Rad. 158271 del 14 agosto de 2015. M.P. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tercera Sala de Decisión).**



97. NOTIFICACIONES - TÉRMINOS JUDICIALES

Ante una doble notificación, impera la primera que se haya surtido

“(…) la sentencia proferida en contra del CS. SA fue notificada dos veces a la defensa.

Ante tal situación, es criterio de la Sala que la notificación que debe imperar es la primera que se efectuó por la secretaría del Juzgado de primera instancia, esto es, la realizada el día 05 de febrero de 2014, pues admitir que tiene valor la segunda equivaldría a reconocer la posibilidad de que los términos pueden ser prorrogados, convirtiéndose ello en una estrategia para quebrantar la ley y violentar los términos judiciales. Téngase en cuenta, además, que quien sustituye el poder asume el conocimiento del proceso en el estado en que se encuentra en el momento de su posesión. Luego no tenía razón que la secretaría del Juzgado hubiera procedido a efectuar una nueva notificación, sobre todo cuando la posibilidad para hacerlo personalmente había finalizado, teniendo en cuenta que el artículo 342 inciso segundo es muy claro al señalar que las notificaciones personales se harán dentro de los dos (2) días siguientes al de la fecha de la providencia.

Recuérdese que el juez, mucho menos los secretarios judiciales, puede modificar los términos legales, según lo dispone el artículo 350”. **(Rad. 157917 del 30 de enero de 2015, M.P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**



98. NULIDAD DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR

Causales y principios que la orientan

(…) Para abordar el estudio de la solicitud de nulidad presentada dentro del recurso de apelación, necesario es señalar que el instituto de las nulidades se encuentra regulado por la Codificación Penal Castrense en el capítulo XI del título sexto del libro tercero de la Ley 522 de 1999¹²⁵. El artículo 388 de la citada normatividad

2. Autos o resoluciones interlocutorias, si resuelven un incidente o cuestión de fondo en el curso de la actuación procesal, de modo tal que nieguen, reconozcan, alteren o modifiquen un derecho de los sujetos procesales. Autos de sustanciación, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los previstos por la ley para dar curso a la actuación procesal.

125 Norma adjetiva para aplicar en razón a que no se ha implementado el Sistema Oral Acusatorio en la justicia penal militar, de acuerdo a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, principalmente el auto del 17 de junio de 2015 - radicado 44046, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.



establece como causales de nulidad dentro del procedimiento castrense: “1. La falta de competencia del juez o del fiscal. Durante la instrucción no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial. 2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. 3. La violación del derecho a la defensa”.

La declaratoria de nulidad conlleva una sanción a la irregularidad procesal, que tiene origen en la omisión de los presupuestos propios del trámite o en actos irregularmente expedidos por la inobservancia de los requisitos formales o sustanciales señalados en la ley como necesarios para que la actuación procesal produzca efectos. La nulidad, por tanto, se constituye en el mecanismo para subsanar los errores in procedendo que se susciten durante la actuación procesal.

Ante la relevancia jurídica que reviste la nulidad como mecanismo para enmendar la actuación viciada, surgen por expresa disposición legal principios que orientan su declaratoria y la convalidación de los actos irregulares. En esta medida, el artículo 392 del Código Penal Militar de 1999, establece parámetros que regulan la aplicación del instituto de las nulidades dentro del procedimiento penal castrense¹²⁶. Presupuesto legal que ha permitido la construcción y denominación por parte de la jurisprudencia y la doctrina de los principios de trascendencia, instrumentalidad, taxatividad, protección, convalidación, residualidad y acreditación que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación. Principios que fueron definidos por la Corte Suprema de Justicia¹²⁷, de la siguiente forma:

1. Principio de trascendencia: Quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no solo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que esta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso.
2. Principio de instrumentalidad de las formas: No procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.
3. Principio de taxatividad: Para solicitar la declaratoria de invalidez de la actuación es imprescindible invocar las causales establecidas en la ley.
4. Principio de protección: El sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica.

126 El artículo 392 del Código Penal Militar señala como reglas para la declaratoria de la nulidad y su convalidación, las siguientes:
1 No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.

2 Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

3 No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica.

4 Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.

5 Solo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

6 No podrá declararse ninguna nulidad distinta a las señaladas en el artículo 388 de este código.

127 CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de marzo de 2009, Rad. 30710, M.P. María del Rosario González de Lemos.

5. Principio de convalidación: La irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales.
6. Principio de residualidad: Compete al peticionario acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad.
7. Principio de acreditación: Quien alega la configuración de un motivo invalidatorio, está llamado a especificar la causal que invoca y a plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya.

Derroteros que aplicados al caso *sub judice* determinarán la procedencia de la declaratoria invalidante o por el contrario la convalidación de los actos tachados como irregulares por parte del recurrente”.

“El artículo 391 del Código Penal Militar, estipula que las nulidades originadas en la etapa de instrucción que no sean invocadas antes del término de ejecutoria de la resolución de acusación, solo podrán ser debatidas en el recurso de casación. La oportunidad procesal para que la defensa solicitara la declaratoria de nulidad por irregularidades originadas en la etapa investigativa feneció al momento de ejecutoriarse la resolución de acusación el día 4 de marzo de 2015. La solicitud de nulidad presentada dentro del recurso de apelación, resulta entonces, extemporánea, en lo que respecta a la primera y segunda instancia por expresa disposición legal. (...).

En este orden de ideas, cabe recordar que el debido proceso corresponde a una concatenación de actos procesales establecidos previamente por la ley, a fin de orientar a la comunidad jurídica y en general a la sociedad, sobre aquellas pautas normativas a las que obligatoriamente deben ceñirse los funcionarios que administran justicia, quienes tienen como tarea la investigación y juzgamiento de los comportamientos antijurídicos, con el objeto de preservar siempre su vigencia y no inadvertir su ejercicio; cimentado en grandes pilares procesales, como la iniciación de investigación, la calificación del sumario, la apertura a juicio, la audiencia de juzgamiento y el fallo¹²⁸. Etapas y actuaciones procesales que por su importancia dentro de la estructura procesal deben ser adelantadas con estricto apego a las formas legales por quienes administran justicia, en procura de garantizar el ejercicio de los derechos y garantías procesales a las partes.

La Ley 1058 del 26 de julio de 2006, por medio de la cual se establece un procedimiento especial en el Código Penal Militar, o también llamada “*Ley de Choque*”, buscó descongestionar los despachos de la Justicia Penal Militar, a través de la implementación de un procedimiento que hiciera más expedita la tramitación de las investigaciones frente a unos determinados delitos, dentro de los que se encuentra el de la Desobediencia, de cara a los postulados de una pronta y cumplida justicia, pero con observancia del respeto por los derechos fundamentales del investigado¹²⁹.

128 CSJ-Sala de Casación Penal, rad. 36553, 17 agosto de 2011, M.P. Javier Zapata Ortiz.

129 Tribunal Superior Militar, sentencia del 30 de julio de 2010, Rad. 156113, M.P. TC. Noris Toloza González.

Para ello, a partir del inciso sexto del artículo 579 de la Ley 522 de 1999, modificado por el artículo 1º de la Ley 1058 de 2010, se establece el trámite que se debe llevar a cabo por parte del Juez de conocimiento para adelantar la audiencia de Corte Marcial en el procedimiento especial. (...).

La norma adjetiva es clara en señalar que en los procesos adelantados bajo el trámite especial previsto por la Ley 1058 de 2006, ante la declaratoria de inocencia, el silencio o la ausencia del acusado en la etapa de juicio, debe surtirse el trámite propio contemplado para la audiencia de Corte Marcial regulado en los artículos 559 y siguientes del Código Penal Militar. Diligencia dentro de la cual se cuenta con un periodo probatorio, el cual incluye un traslado a las partes por el término de dos horas para que aporten o soliciten las pruebas que consideren pertinentes o conducentes. Solicitud probatoria que el Juez de instancia resolverá de plano señalando si las acoge o rechaza motivadamente, decisión contra la cual procede el recurso de reposición. Etapa procesal cuya inobservancia total o parcial constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y de contera el derecho de defensa...”. (Rad. 158306 del 30 de noviembre de 2015. M.P. TC WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tercera Sala de Decisión).



99. NULIDAD E INEXISTENCIA

Diferencias. La prueba practicada previamente a la apertura de una investigación penal es inexistente

(...) Los conceptos de nulidad e inexistencia entrañan tanto definiciones como consecuencias jurídicas distintas, así por ejemplo, la inexistencia se refiere a los actos procesales que carecen de las formalidades esenciales para su validez, mientras que la nulidad se predica de los que han sido dictados por un juez incompetente, han violado el debido proceso o el derecho de defensa¹³⁰. Para la doctrina la inexistencia se equipara en sus efectos a la nulidad insanable o absoluta, tiene eficacia procesal de pleno derecho (*ipso jure*), sin declaración judicial, por el contrario, la nulidad exige pronunciamiento jurisdiccional que así la declare y genera efectos jurídicos mientras el vicio no sea decretado¹³¹, así lo señala también el artículo 393 de la Ley 522 de 1999, norma adjetiva que establece frente al particular:

“Inexistencia del acto procesal. Cuando la ley exija expresamente para la validez de determinado acto que se llenen ciertas formalidades y estas no se observan, se considerará que tal acto no se ha verificado.

No es necesaria providencia especial para declarar la inexistencia del acto en los casos a que se refiere este artículo”.

130 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13 de noviembre de 2001, expediente 5648, M.P. Jorge Enrique Valencia Martínez.

131 Néstor Armando Novoa Velásquez, Nulidades en el procedimiento penal. Actos Procesales y Actos de Prueba, Tomo II págs. 1016-1017.

En la actuación objeto del recurso de alzada, se observa, tal como lo ha venido exponiendo el recurrente desde que presentó las pretensiones sobre calificación del sumario, que se practicaron, aportaron y apreciaron pruebas que fueron recogidas de manera previa a la apertura de la investigación preliminar o formal. Irregularidad de la que se da cuenta a partir del folio 2 del cuaderno original 1, en donde obra auto de sustanciación de fecha 23 de julio de 2010 suscrito por la Juez 163 de Instrucción Penal Militar encargada, que dispone el traslado del despacho al municipio de Támesis con el propósito de obtener “pruebas a prevención”, con el fin de investigar si se cometió alguna conducta que revista delito por parte de un policial de grado Subintendente, para ello allegó el informe de denuncia en el que se anexaron copias del libro de minuta de guardia de la estación de policía de Támesis (Antioquia)¹³². Luego de lo cual procedió a trasladarse a la referida localidad, donde a “prevención” y sin haber abierto proceso alguno, realizó las siguientes actuaciones: (...).

La funcionaria judicial ninguna facultad tenía para la ordenación, aducción, aportación o práctica de prueba alguna por fuera de la indagación o investigación penal. Bajo ese entendido, si lo que pretendía la instructora era verificar lo ocurrido y la identidad del policial implicado como lo asegura el *a quo*, debió dar apertura a una indagación preliminar cuyos fines precisamente están dirigidos a determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal, verificar la ocurrencia del hecho denunciado, así como, identificar e individualizar a los autores y partícipes, conforme el artículo 451 de la Ley 522 de 1999, aspectos que establecía el informe inicial, al punto que era procedente aperturar investigación formal directamente.

El juez de primer grado tozudamente se niega a tener como inexistente la prueba producida con anterioridad a la apertura de la investigación, pese a que el defensor desde los albores de la calificación del sumario y en la audiencia de corte marcial identifica la irregularidad. Sostiene el fallador que el uniformado encausado conocía que en su contra se adelantaba investigación porque se encontraba en la localidad y había sido conducido para la práctica de examen de alcoholemia, aunado al hecho de que luego de la apertura del ciclo instructivo la defensa pudo haber solicitado la ampliación de los testimonios recogidos previamente para ejercer el derecho de contradicción, lo que le permite concluir que el derecho de defensa no sufrió mengua.

Consideraciones que resultan contrarias a los apartes de la jurisprudencia trascrita en la sentencia, que reclaman la necesidad de comunicar al procesado la apertura de una investigación en su contra. Pero es que la irregularidad no se limita a la práctica probatoria ausente del proceso, sino además, a la inclusión de prueba recepcionada por funcionario distinto al juez instructor, como ocurre con los testimonios rendidos por XXX y YYY que son tenidos como pruebas dentro de las diligencias penales practicadas a prevención.

El sistema mixto de corte esencialmente inquisitivo que rige el esquema procesal establecido en la Ley 522 de 1999, permite al juez instructor de manera personal

132 Cuaderno original 1, folios 1-10.



practicar las pruebas y diligencias que considere necesarias, pertinentes y conducentes, como lo establece el Juez del Departamento de XXX XXX, pero en el marco del proceso penal donde adquiere la competencia para el efecto. La facultad para la práctica probatoria de ninguna manera está dada exclusivamente por la investidura que registra el funcionario judicial, careciendo de valor la evidencia que se produce por fuera de la actuación procesal, que precisamente comprende etapas diferentes que se encuentran vinculadas entre sí y se cumplen de manera ordenada.

Así las cosas, sin mayores consideraciones claro se aprecia que la prueba practicada, aportada u ordenada por fuera de la investigación penal, algunas de ellas a espaldas del procesado y sin que, por obvias razones, se hubiera dado aviso al mismo, resulta inexistente, en tanto no solo viola principios como el debido proceso y el derecho de defensa lo que implicaría su nulidad, sino lo que es más importante, fue producida sin respetar las normas procesales correspondientes, careciendo de existencia jurídica. Condición que impide que el defecto sea subsanado o convalidado a través de los principios que rigen la declaratoria de las nulidades. La violación grave de principios esenciales que regulan la aducción de la prueba la despoja de todo valor, lo que implica que ni siquiera debe declararse su inexistencia sino simplemente dejar de valorarse por el funcionario judicial, puesto que sus efectos no irradian la totalidad del proceso. **(Rad. 158428 del 7 de junio de 2016, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tercera Sala de Decisión).**



100. NULIDAD

Falta de competencia del fiscal por grado del procesado al momento de los hechos

“Es un hecho cierto, que, al momento de los hechos, el procesado CCAA, ostentaba el grado de Capitán de la Policía Nacional, es decir, era un Oficial subalterno, como así logra concluirse de la lectura del extracto de hoja de vida del 8 de octubre de 2003. Luego, de conformidad con la competencia atribuida por el artículo 262, en concordancia con el artículo 256 de la Ley 522 de 1999, a los Fiscales Penales Militares, el funcionario que ha debido decretar el cierre del ciclo instructivo y calificar el mérito del sumario, era el Fiscal Penal Militar ante el Juzgado de la Inspección General de la Policía Nacional. En este proceso, quien realizó tales actos sustanciales, fue el Fiscal Penal Militar ante el Juzgado de la Dirección General de la Policía Nacional.

Por consiguiente, era deber de la Juez de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, decretar la nulidad, como así bien lo hizo al expedir el auto del 5 de enero de 2010.

(...) con un criterio totalmente equivocado y además, con un argumento demasiado exiguo, el citado juzgado optó por atender la sugerencia del Fiscal 142 Penal Militar y de esta forma, revocar el auto del 5 de enero de 2010, para segui-

damente con auto del 14 de septiembre de 2010, decretar el inicio de la etapa del juicio, convalidando de esta forma toda la actuación surtida en la etapa de calificación por un funcionario carente de competencia, hasta el punto de emitir sentencia sin ningún tipo de recato”. **(Rad. 157933 del 9 de marzo de 2015, M.P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**



101. PARTE CIVIL

Reparación económica en el proceso penal militar imposibilita su persecución concomitante en lo contencioso-administrativo

“Recordemos que desde la Sentencia C-1149 de 2001 la víctima podía escoger entre constituirse en parte civil dentro del proceso penal para saber la verdad, obtener el castigo del culpable y la indemnización de los perjuicios o podía optar por acudir ante lo Contencioso Administrativo logrando la plena protección que en Colombia brinda el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, veamos: (...)

Si escoge el proceso penal para la reparación del daño, quien debe responder es el sujeto de la acción penal, y para ello es imperativo, acreditar su responsabilidad penal y luego la efectiva reparación estaría supeditada a la solvencia del ofensor; pero si por el contrario selecciona el proceso contencioso administrativo para lograr la reparación, bastaría con acreditar el daño, su carácter antijurídico y la relación de imputabilidad objetiva, para que el Estado tenga que repararlo en su totalidad.

Lo que no puede hacer, en sentir de la Sala, es constituirse en parte civil dentro del proceso penal militar, en procura de que se paguen los perjuicios a las víctimas y concomitantemente acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para obtener la indemnización económica del daño, pues se trataría de un doble pago de perjuicios.

Como se señaló en acápite anterior es el mismo apelante quien interpuso demanda de reparación directa ante el Juzgado Primero Administrativo de Ibagué, siendo demandantes la señora CIT y otros; proceso que terminó con una sentencia donde se condenó al Estado (Ministerio de Defensa-Policía Nacional) al pago de los perjuicios morales por valor de \$123.641.507,94 a los señores CACT, MECT y ACT.

Salta a la vista, que de acuerdo con la anterior consideración, si la jurisdicción contencioso administrativa fue la vía legal que escogió el representante de las víctimas para obtener la indemnización de los perjuicios y no resultó favorable para uno o para todos los demandantes, no puede tratar de volver al proceso penal con el fin de que se condene a pagar los perjuicios al procesado, pues se trataría de un doble pago de tan mencionada reparación”. **(Rad. 158118 del 28 de agosto de 2015, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

102. PECULADO CULPOSO

Causal excluyente de responsabilidad caso fortuito y fuerza mayor

(...) no podemos aceptar la tesis propuesta por el apelante, que por haber sido víctima su prohijado de al parecer una intoxicación con escopolamina estemos frente a un hecho condicionado por una fuerza mayor o un caso fortuito, *prima facie* porque esta hipótesis nunca fue demostrada a lo largo del proceso, ya que no se realizó el examen toxicológico que permitiera obtener un resultado positivo para esta sustancia y además porque sería contrario a la lógica sostener la presencia de un caso fortuito o una fuerza mayor (que implica la inacción¹³³) cuando, reiteramos, al mismo tiempo es evidente la existencia de un comportamiento humano imprudente y negligente, a partir del cual se demuestra la lesión del bien jurídico.

(..) frente al tópico de la apelación referido a la imposibilidad de endilgar una responsabilidad penal al patrullero GQNE, por no haberse demostrado la certeza en el ámbito de la voluntad de la conducta, encuentra la Sala que tal afirmación no tiene cabida en el asunto que se juzga, si se tiene en cuenta que frente al delito culposo la obligación investigativa y probatoria no está encaminada a demostrar si la intención y voluntad del acusado estuvo dirigida o no a ocasionar la pérdida de un material de armamento, en la medida que lo que se califica aquí no es si tenía el derecho de ir a comer o no, o si podía disfrutar de las fiestas populares, o si fue escopolaminado o tal vez se excedió en la ingesta de bebidas alcohólicas, ya que lo relevante aquí para la comprobación del resultado típico, no se encuentra comprendido dentro de la VOLUNTAD del sujeto, sino en la conducta NEGLIGENTE O DESCUIDADA que despliega frente a los bienes del Estado, pues a pesar de conocer el peligro que su conducta representa para estos, aun así decide llevarla a cabo porque confía en que podría llegar a evitar o controlar dicho riesgo. (Rad. 158153 del 28 de abril de 2015, M.P. CR (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Cuarta Sala de Decisión).



103. PECULADO CULPOSO

Violación al deber objetivo de cuidado. Relación funcional entre el bien y el servidor público

“(...) Actualmente ya no solo se mantiene la distinción entre los conceptos de *disponibilidad jurídica* y *disponibilidad material* en el delito de Peculado sino que además se ha enfatizado que, para efectos de su configuración típica, **“debe recaer sobre bienes de los que disponga el servidor público por razón de sus funciones, en el entendido de que la relación existente entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta y los bienes oficiales puede no ser material, sino jurídica, y que esa**

133 “Cuando se hace alusión a un caso fortuito lo que se quiere expresar en términos de la teoría de la imputación objetiva es que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico no se puede determinar en el ámbito de competencia de persona alguna, entendida esta como la portadora de un rol socialmente comprensible, o bien la imposibilidad de establecer la relación entre el sujeto activo y el resultado típico para que se le pueda atribuir al primero como ‘obra suya’ lo segundo. Es decir, el caso fortuito se refiere directamente a circunstancias en las que desde el punto de vista dogmático se presenta una ausencia de acción” CSJ. Radicado 39559, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, 6 de marzo de 2013.

disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencia, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional¹³⁴, por tanto el poder de disposición, ya sea jurídico o material, es el que condiciona el nexo entre el servidor público y el bien estatal, de manera que se trata de un aspecto imposible de escindir en lo que respecta al ingrediente normativo de la relación funcional. (...)

No obstante lo anterior, rememora la Sala que la decisión¹³⁵ que citó la censora en su libelo, hace referencia a que no basta que el objeto material esté en posesión del servidor, sino que exista un acta oficial de entrega, allí se enfatizó que en todo caso es imperativo que la tenencia, posesión o disponibilidad del bien se haya generado por un deber atinente a sus funciones, circunstancia que quedó plenamente demostrada dentro del discurrir procesal, al determinar que en efecto el procesado utilizaba la motocicleta de siglas 18-0219 para el servicio. (...)

Estas circunstancias son las que permiten confirmar que estamos en presencia de una flagrante violación al deber objetivo de cuidado, al no haber previsto el procesado que el elemento de marras podía ser hurtado al dejarlo abandonado en las afueras de la estación de policía, deber exigible con relación al rodante oficial que venía usando y que demandaba un cuidado especial, precisamente por el riesgo de pérdida a que están expuestos estos rodantes, por ende existía un imperativo legal que le impedía sustraerse de su custodia.

No puede desconocer la defensa, que en los delitos culposos se evalúa la violación al deber de cuidado a partir del ámbito situacional, esto es, la valoración de la conducta humana en el contexto de la relación y tráfico social en el cual se desempeña el actor, aflorando de tal manera, que el actuar es culposo cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado ya que el agente debió haberlo previsto, por ser previsible, postulado que se ratifica cuando al investigado le asisten conocimientos especiales que definen su rol. (...)” (Rad. 158371, del 17 de mayo de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Tercera Sala de Decisión).



104. PECULADO SOBRE BIENES DE DOTACION

Estructura dogmática del delito

“(...) Es el delito de peculado, en términos generales, un atentado contra la Administración Pública. Las conductas que lo constituyen tienen en común que lesionan el interés general y los principios de igualdad, transparencia, imparcialidad, economía y objetividad de la función pública, y de otra, los bienes del Estado bien ante ímprobos actos de apropiación o uso indebido por parte de los servidores de este, ora frente a comportamientos violatorios del deber de cuidado que deben

134 Sentencia de 26 de septiembre de 2007, radicación 22988 Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

135 Ver radicado 157157 del 8 de marzo de 2012 M.P. CN. (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA Tribunal Superior Militar.



desplegar dichos servidores que tienen a su cargo la administración, tenencia o custodia de aquellos en tanto solo los poseen, material o jurídicamente, por virtud de un título que no les confiere la propiedad de los mismos. (...)

Resplandece así que, en tratándose de conductas constitutivas de delitos atentatorios del bien jurídico en cita, como es el caso de la aquí investigada y sometida a juicio, se lesiona o pone en peligro el buen nombre y prestigio de la Administración Pública, cuando uno de sus agentes, faltando al deber de honestidad y probidad que le es propio dada su condición de servidor público, dispone en beneficio propio o de un tercero de bienes calificados jurídicamente como oficiales –o de dotación– sobre los que ha entrado en relación de tenencia o disponibilidad jurídica, es decir, respecto de los cuales tiene el deber funcional de administrar o custodiar. (...).

Ahora bien, como quiera que no siempre es fácil determinar cuándo un acto material entraña inequívocamente un ánimo de apropiación por parte del agente delictual, se habrá de recurrir a dos criterios, el primero de naturaleza formal referido a que se ejecuten actos de señor y dueño sin serlo, v. gr. la venta, la donación, la destrucción, la pignoración, el consumo (de bienes fungibles), el préstamo o la sustracción de tales bienes de la órbita de custodia del legal propietario –por regla general el Estado–; y el segundo de índole síquica o volitiva, esto es, que los actos se ejecuten sin el ánimo de restituir o devolver la cosa.

Asimismo, se habrá de decir que inmerso en el tipo objetivo del injusto *sub examine* está el que la actividad del sujeto activo se concrete en que la apropiación lo sea en provecho propio o de un tercero, lo que sin manto de duda alguna da cuenta de que se trata de un delito de resultado, debiéndose reputar ese provecho como un elemento objetivo del tipo y entender como cualquier beneficio, utilidad, goce o ventaja derivado de la irregular posesión, esto es, obtenido como consecuencia de la misma, independientemente de su contenido –económico o no–; de su proporción –pequeño o grande–; y de su temporalidad –por mucho o poco tiempo–. (...).

Adicional a lo anterior se habrá de decir que, así el tipo penal que describe la conducta peculadora sobre bienes de dotación no lo exija expresamente, resulta irrefragable que en su faz objetiva existe una relación causal, o teleológica, entre la obtención del provecho ilícito y la conducta apropiatoria, de modo que sin aquel beneficio contrario a la licitud eventualmente no habría consumación y la conducta podría ubicarse en el terreno de la tentativa dependiendo de lo que objetivamente debe el plan del autor y de la perpetración de actos socialmente adecuados para amenazar o lesionar el bien jurídicamente protegido, ello siempre y cuando el resultado buscado no se produzca por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto agente, resultando en consecuencia, preciso es decirlo, desacertado lo aseverado por el respetado apelante en su memorial recursal en cuanto a que no es admisible este dispositivo amplificador del tipo en tratándose del reato génesis de las presentes diligencias, máxime que, como se decantó en la sentencia de esta Sala trasuntada *ut supra* y él mismo reconoce, se está ante un delito de resultado y no de mera conducta, naturaleza esta última que le endosara, igualmente en forma

desacertada, la iudex *a quo* en la decisión objeto de ataque.(...)” (Rad. 158203 del 15 de julio de 2015, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).



105. PECULADO SOBRE BIENES DE DOTACION

No se configura por la donación de uniformes a otros miembros de su fuerza en servicio activo

“De lo anterior se infiere que el actuar del procesado no es del resorte del derecho penal, toda vez que su actuar fue motivado por el ánimo de apoyar a los demás institucionales al ver que estos necesitaban dicha dotación para cada situación particular, y sin exigirles ninguna contraprestación, como ellos mismos lo expusieron en sus testimonios; no obstante, donar uniformes como lo hizo el procesado es una conducta prohibida por una norma administrativa expedida por la Policía Nacional de la cual hace mención el Juez de Instrucción, es decir, el artículo 8º de la Resolución 3372 del 26 de octubre de 2009 por la cual se expide el reglamento de uniformes, insignias, condecoraciones y distintivos para el personal de la Policía Nacional... (...).

También tenemos que los uniformes que el procesado donó fueron usados por otros policiales dentro de la misma institución para el cumplimiento de sus funciones, hecho en el cual no se evidencia vulneración alguna al bien jurídico de la Administración Pública con la conducta desplegada por el procesado, y como se ha dicho, su actuar es irrelevante para el derecho penal en este caso, empero no para el derecho disciplinario donde esa conducta sí podría encajar en alguna de las faltas disciplinarias propias de la institución policial; sin embargo, debe dejarse de presente que el proceso disciplinario que le fue seguido al procesado por estos mismos hechos, fue archivado tal y como consta en la prueba trasladada allegada al plenario”. (Rad. 158278 del 26 de octubre de 2015, M.P. CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Cuarta Sala de Decisión).



106. PENA DE MULTA

Puede pagarse en cuotas. La acompañante de pena de prisión no es susceptible de amortización mediante trabajo

“Así las cosas, tenemos que las disposiciones contenidas en los artículos 42 y 43 de la Ley 107 de 2010 –nuevo Código Penal Militar–, prevén la posibilidad de que el condenado amortice la multa con pagos en cuotas dentro de un plazo máximo de tres (3) años, o a través de trabajo no remunerado, pero condicionado a que se demuestre por parte del mismo Sentenciado su incapacidad material para sufragar la pena en un único e inmediato acto, para así ser beneficiado con la autorización

de Amortización de Multa para pago en cuotas, o demostrar la imposibilidad de pago, lo que supone una ausencia total de recursos económicos y con ello acceder a la amortización de multa mediante trabajo escogido por el penado y realizado en favor de la Fuerza Pública, la Administración Pública o de la comunidad.

En este orden de ideas, resulta oportuno traer a colación precedente jurisprudencial con el que la honorable Corte Constitucional se pronunció sobre el particular, en los siguientes términos... (...).

Ahora bien, el artículo 602 de la Ley 1407 de 2010 –nuevo Código Penal Militar– preceptúa **“Remisión. Los aspectos relacionados con la ejecución de la pena no regulados en este Código se regirán por lo dispuesto en el Código Penal y el Código Penitenciario y Carcelario”**, y es la misma normatividad penal castrense la que ata la amortización de la pena de multa por trabajo cuando se imponga la pena de multa como sanción principal y única, pues el artículo 589 de la Ley 522 de 1999 –Código Penal Militar– regulación punitiva cuya parte procedimental aplica, que así lo establece:...

Así las cosas, el legislador en el artículo 43 de la Ley 1407 de 2010 –nuevo Código Penal Militar–, previó que podrá autorizarse al Condenado la amortización de la multa mediante trabajo no remunerado, ante la carencia de recursos económicos del sentenciado enderezados al pago total e inmediato de la multa impuesta como pena, pero conforme lo precisa la posición sentada por la honorable Corte Constitucional en el citado precedente jurisprudencial, la viabilidad jurídica de amortizar la multa con trabajo, solo aplica para aquella sanción pecuniaria cuando se trata de la multa en cuanto pena principal y única, pero no a la pena de multa acompañante de la pena de prisión; como ocurre en el presente caso, en el que el señor CR. (r) CAGS mediante Sentencia de primera instancia calendada 31 de enero de 2014¹³⁶ proferida por el Juzgado Militar de Comando Aéreo n.º 121, fue condenado a las penas principales de cuatro (4) años de prisión y multa de \$15´450.000,00 como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior Militar con Sentencia del 27 de febrero de 2015 (...).

Además de ello, por la potísima razón de que el trabajo concebido para la pena privativa de la libertad –prisión o arresto–, a las voces del artículo 82¹³⁷ de la Ley 65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario– tiene como propósito la redención de pena por trabajo, amén de que *“El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”*, tal y como lo dispone el artículo 10 *ibídem*, en tanto que la amortización de la pena de multa por trabajo, por expresa disposición de la Ley Penal Militar, tiene como

136 Cuaderno copia N° 10, folios 298 al 382.

137 Ley 65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario–, “Artículo 82. Redención de la pena por trabajo. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de pena por trabajo a los condenados a pena privativa de libertad. A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de trabajo. Para estos efectos no se podrán computar más de ocho horas diarias de trabajo. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad constatará en cualquier momento, el trabajo, la educación y la enseñanza que se estén llevando a cabo en los centros de reclusión de su jurisdicción y lo pondrá en conocimiento del director respectivo”.

propósito redimir el pago de la pena pecuniaria de multa, además que debe realizarse en favor de la Fuerza Pública, la Administración Pública o de la Comunidad.

En tal virtud, por lo analizado en precedencia, esta Sala de Decisión despachará desfavorablemente los argumentos de la Defensa apelante; por lo que acogiendo la posición de nuestro apreciado Representante del Ministerio Público ante el *ad quem* –Procurador Judicial 136 Penal II– se confirmará –pero no por las razones sentadas por el *a quo*– el auto interlocutorio adiado 10 de febrero de 2016¹³⁸ mediante el cual el Juzgado Militar de Comando Aéreo n.º 121, resolvió “*No acceder a la petición de amortización mediante trabajo de la pena principal de multa*”¹³⁹, dentro de la Ejecución de la Pena al señor CR. (r) CAGS condenado por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. **(Rad. 157544 del 18 de abril de 2016, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE).**



107. PERMANENCIA DE LA PRUEBA

Atributo del que goza la prueba en el proceso penal militar contemplado en la Ley 522 de 1999

“Olvida el ilustre letrado que dentro de la dinámica probatoria de carácter progresivo, propia de los sistemas de tendencia inquisitiva y escritural adoptada en las legislaciones anteriores a la Ley 906 de 2004, para el caso la Ley 522 de 1999 al igual que la Ley 600 de 2000, el principio rector que gobierna la actividad probatoria es el de permanencia de la prueba, en contraposición al principio de inmediación de la prueba, propio de la sistemática de tendencia oral acusatoria (Ley 906 de 2004 – Ley 1407 de 2010).

Pareciera una obviedad, no obstante, ha de recordarse que la ritualidad que gobierna la presente investigación es la prevista en la Ley 522 de 1999, conforme al principio de legalidad que hace parte del debido proceso, procedimiento de corte inquisitivo que en materia probatoria está regido por el principio de permanencia de la prueba, en cuanto todos los medios de convicción allegados al proceso desde las primigenias fases del proceso, adquieren la condición de medio de prueba y guardan este atributo durante toda la investigación.

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 propias en cada etapa del proceso, incrementando sus exigencias a medida de 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.

138 Cuaderno copia n.º 13, folios 1003 al 1006.

139 Cuaderno copia n.º 13, folio 1006.

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 de abril 27 de 2007)¹⁴⁰, 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 de septiembre de 2010)¹⁴¹, presupuesto diametralmente opuesto al previsto en

140 Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. Radicado 27062. Sentencia del 25 de abril de 2007. M.P. Dr. Sigifredo Espinoza Pérez: “Es claro que dentro de la dinámica probatoria progresiva, en vigencia el principio de permanencia, adoptada en las legislaciones anteriores al sistema acusatorio implantado a través de la Ley 906 de 2004, los requisitos exigidos para tomar las decisiones que afectan al procesado van incrementando su exigencia, desde la simple posibilidad, en sede de la resolución de situación jurídica, pasando por la probabilidad, en lo que toca con la resolución acusatoria, hasta culminar con el estado mental de certeza, propio de la sentencia de condena.

Pero ello no significa que el investigador, en sede de la instrucción, se halle limitado por cada estado procesal en la tarea de recolección de las pruebas, pudiendo suceder, como comúnmente ocurre, que desde primigenios estadios de la instrucción, e incluso al momento de verificarse la investigación previa, se recojan los elementos suasorios suficientes para facultar no solo imponer medida de aseguramiento, sino acusar al encartado o proferir condena en desfavor suyo.

Y es ello lo que aquí sucede, pues, como lo reveló la omisión investigativa posterior a la emisión del auto que resuelve situación jurídica, con la aprehensión flagrante del encartado, la manifestación testimonial de los agentes captore, la diligencia de inspección judicial y la misma injurada del implicado, se cubría el espectro probatorio suficiente para habilitar calificar el mérito del sumario con resolución acusatoria, acorde con los presupuestos materiales que, como ya se vio, para ese efecto disciplinaba el artículo 441 del Decreto 2700 de 1991, sin que en ese cometido tuviese particular relevancia la ampliación de injurada del capturado en flagrancia, dadas las ostensibles contradicciones que de entrada minaban la credibilidad del nuevo factor exculpatorio propuesto”.

141 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Radicado 34653 – Sentencia del 27 de septiembre de 2010. M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos: “El principio de inmediación es uno de los que ha caracterizado al sistema de procesamiento penal implementado por el Acto Legislativo 03 de 2002, que fuere desarrollado por la Ley 906 de 2004, de tendencia acusatoria, a través del cual se entiende que, solamente se tendrá como prueba aquella que se haya practicado en audiencia pública, en presencia del juez de conocimiento y con pleno ejercicio del derecho de contradicción, salvo las excepciones legalmente establecidas, como es el caso de la prueba anticipada.

El principio de inmediación comprende la percepción directa de las pruebas por el juez, las partes, intervinientes y el público en general, pero fundamentalmente hace referencia es a la relación que debe obrar entre el juzgador y la prueba, implicando que el funcionario que va a emitir sentencia debe ver y oír por sí mismo, en forma directa, la prueba respecto de los hechos, las que deben llegar a su ánimo sin sufrir alteración alguna por influjo extraño a su propia naturaleza, sin que se interpongan otras personas que consciente o inconscientemente puedan turbar o alterar la natural y original entidad de los elementos de convicción tergiversando su aptitud probatoria.

(...)

De lo expuesto, se llega a varias conclusiones:

- La inmediación es un principio rector característico del sistema procesal penal implementado a través de la Ley 906 de 2004; es decir, de tendencia acusatoria.
- Solamente puede entenderse como prueba aquella que fuere practicada en atención al principio de inmediación, salvo las excepciones legalmente establecidas, como es el caso de la prueba anticipada.
- La etapa de juicio adquiere especial preponderancia sobre las demás etapas procesales, por ser aquella en la cual se materializa el principio de inmediación a través de la práctica probatoria.
- En el anterior sistema de procedimiento penal, esto es, el desarrollado bajo la égida de la Ley 600 de 2000, no se hablaba del principio de inmediación –el cual es característico del actual sistema– por estar operando el principio de la permanencia de la prueba, el cual consistía en que la prueba era practicada por la Fiscalía en el desarrollo de la etapa investigativa y su fuerza demostrativa perduraba hasta el momento en el que se proferiera sentencia, sin ser necesario el conocimiento directo por parte del Juzgador.

La línea jurisprudencial indica con claridad que el principio de inmediación obtiene protagonismo con la implementación del sistema penal colombiano con tendencia acusatoria, a través de la Ley 906 de 2004, de donde se desprende con razonable inferencia que bajo la égida del procedimiento penal adelantado con fundamento en la Ley 600 de 2000, dicho principio no contaba con el valor que ahora se le otorga, en contraposición al que allí tenía relevancia, cual era, el de la “Permanencia de la Prueba”.

En este orden de ideas y, en atención a la inoperancia del principio de inmediación característico del sistema de tendencia acusatoria dentro del procedimiento penal reglado en la Ley 600 de 2000, es aceptable que, al existir un principio diametralmente opuesto, se pueda proferir una sentencia por un Juez distinto a aquel ante el cual se adelantó la audiencia pública de juzgamiento

las Leyes 522 de 1999 y 600 de 2000, caracterizado por el principio de permanencia de la prueba.

En ese orden, resulta contrario a la ritualidad que gobierna esta investigación, aducir como única razón con el objetivo de repetir unos testimonios válidamente allegados al proceso, la aplicación del principio de intermediación de la prueba propio del sistema de corte acusatorio previsto en las Leyes 906 de 2004 y 1407 de 2010, como lo pretende el apelante, en abierto desconocimiento del principio de permanencia de la prueba, propio del procedimiento de corte inquisitivo previsto en la Ley 522 de 1999, aplicable al caso bajo estudio. **(Rad. 158448 del 26 de septiembre de 2016, M.P. MY (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**



108. PERMISO DE 72 HORAS PARA LOS CONDENADOS

Competencia para su otorgamiento

“El problema jurídico a resolver se centra en si el Juez de Ejecución de Penas y medidas de seguridad de la Justicia Penal Militar, que en el presente caso es el Juez de Escuelas de Formación de la Fuerza Aérea Colombiana, atendió las normas legales sobre la materia o en su lugar se apartó en materia de competencia, acorde a lo dispuesto por ellas para denegar el permiso solicitado por el condenado.

El argumento del despacho judicial radica en que el condenado no cumple con las directrices impartidas por el Instituto Penitenciario y Carcelario (Inpec) puesto que dichos permisos no se pueden conceder cada ocho o quince días como lo pretende OP, de conformidad con los actos administrativos –Resolución 3988 artículo 1° del 19 de septiembre de 1997, reiterada por la circular 000090 del 29 de septiembre de 2011–, y 000035 del 22 de marzo de 2011¹⁴², esta última sobre los lineamientos para garantizar la celeridad en el trámite del beneficio de hasta 72 horas, normas donde se indica entre otros temas, que la periodicidad debe ser cada dos meses durante el primer año de disfrute, independiente del cumplimiento de los requisitos que exige la Ley 65 de 1993.

Para la Sala el Juez se extralimitó en el ejercicio de sus facultades y de igual manera el Director del Centro de Reclusión desconoció las normas atinentes a la materia, emitidas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), puesto que la facultad de su otorgamiento estaba ya en cabeza del Director de las instalaciones carcelarias CAMAN en virtud a que el permiso ya había sido autorizado con antelación –como bien lo argumenta la defensa–, por el Juez de Escuelas

(en el sistema anterior) o ante quien se practicó la prueba, sin vulnerar el debido proceso o alguna garantía fundamental del procesado”.

142 “Lineamientos para garantizar la celeridad en el trámite del beneficio de hasta 72 horas. 6. Abstenerse de suspender o revocar los beneficios administrativos que afecten la ejecución de la pena. En caso de presentarse situaciones que puedan variar las condiciones del beneficio otorgado, informar inmediatamente al Juez de Ejecución de Penas, para que se pronuncie”.



de Formación (Encargada) con auto de fecha 21 de septiembre de 2015, correspondiendo entonces al Director del centro de reclusión dar aplicabilidad a la Circular 000090 del 29 de septiembre de 2011¹⁴³ en materia de la revisión que se debe realizar cada vez que el interno solicite le sea concedido el beneficio, siendo la oficina jurídica la encargada de verificar como lo indica la norma, la totalidad de los requisitos, y si se determina que varía alguno de ellos, su deber es comunicar de forma inmediata a la autoridad judicial, lo que no ocurrió en la presente actuación, motivo por el cual debía pronunciarse sobre la viabilidad o no del mismo de acuerdo a la regulación de las normas del Inpec en materia de los lapsos para su concesión, y no al Juez, como equivocadamente ocurrió en la presente actuación.

Así las cosas, se revocará el auto de fecha 23 de octubre de 2015 y lo concerniente al numeral 5 del auto de fecha 17 de noviembre de la misma anualidad, para que sea la autoridad administrativa correspondiente la que se pronuncie sobre la concesión o no del permiso solicitado por el condenado”. (**Rad. 157887 del 16 de febrero de 2016, M.P. CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Cuarta Sala de Decisión**).



109. PERMISO HASTA DE 72 HORAS PARA CONDENADOS

Competencia para otorgarlo

“Sea lo primero señalar que las normas aplicables al problema jurídico aquí planteado, se encuentran reguladas en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario– que dispone que la Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario podrá conceder permisos con la regularidad que se establecerá al respecto, hasta de setenta y dos horas, para salir del establecimiento, sin vigilancia, a los condenados que reúnan requisitos previsto en dicha norma, en concordancia con lo normado por el numeral 5 del artículo 79¹⁴⁴ de la Ley 600 de 2000 –Código de Procedimiento Penal–, y ahora por el numeral 5 del artículo 538¹⁴⁵ de la Ley 906 de 2004 –Código de Procedimiento Penal Sistema Acusatorio–, que facultan al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para impartir la aprobación a la propuesta signada por la Autoridad Penitenciaria en materia del Beneficio Administrativo en referencia; veamos:

El artículo 147 de la Ley 65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario– dispone que la competencia para conceder el Beneficio Administrativo del permiso hasta de setenta y dos horas es de la Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario: (...)

143 “Acto administrativo que cumple la Resolución Judicial. 3. Revisión. Cada vez que el interno solicita le sea concedido el Beneficio, la Oficina de la Asesoría Jurídica debe revisar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos enunciados. Si determina que las condiciones en alguno de ellos ha variado, se comunicará en forma inmediata a la autoridad judicial que concedió el beneficio, para que adopte la decisión que corresponda”.

144 “De los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. 5. De la aprobación de las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos que supongan una modificación en las condiciones de cumplimiento de la condena o una reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad”.

145 *Ibidem*.

En tanto que el numeral 5 del artículo 79 de la Ley 600 de 2000 –Código de Procedimiento Penal– y ahora el numeral 5 del artículo 38 de la Ley 906 de 2004 –Código de Procedimiento Penal Sistema Oral–, preceptúa que son los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad quienes conocen de la aprobación previa de las propuestas que formulan las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos, mas no de su concesión u otorgamiento: (...).

En idéntico sentido interpretativo lo ha aquilatado el precedente de este Colegiado, precisando que a la Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario es a la que se le abroga por disposición de la ley, la competencia para conceder u otorgar el beneficio administrativo del permiso hasta de setenta y dos horas: (...).

Asimismo, y como lo decanta el precedente de esta Colegiada habrán de tenerse en cuenta los parámetros regulados sobre el particular por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), en la Circular N° 00090 del 29 de septiembre de 2011 que pondera el procedimiento a seguir para el otorgamiento del citado beneficio administrativo, como por la Circular 000035 del 22 de marzo de 2011 que establece “lineamientos para garantizar la celeridad en el trámite del beneficio hasta de 72 horas”; llamándose la atención sobre lo siguiente: (...).

Todo lo cual se echa de menos y brilla por su ausencia en las piezas procesales que anteceden a la decisión proferida por el señor Juez Militar de Comando Aéreo n.º 121 –Juzgado con Función de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad– mediante Auto Interlocutorio del 31 de mayo de 2016¹⁴⁶, en la que además se abroga una competencia que no le correspondía al resolver en su numeral “5. *Se niega conceder permiso de 72 horas, como beneficio administrativo, por parte del señor Director de las instalaciones carcelarias del Comando Aéreo de Transporte Militar, al señor Gómez Sánchez César Augusto, (...)*”¹⁴⁷, olvidando que a lo que se le faculta es a conocer de la aprobación de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos, pero una vez agotado un trámite administrativo previo reglado en las disposiciones normativas antes señaladas, mas no de la concesión del beneficio administrativo del permiso hasta por setenta y dos horas, que como ya se dijo compete a la Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario, esto es, y para el caso al Comando de la Unidad Militar donde se encuentre purgando la pena el interno.

Pues como bien lo señala, la Circular N° 00090 del 29 de septiembre de 2011 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) “*Los Beneficios Administrativos son parte integral y a la vez consecuencia del tratamiento penitenciario en sus distintas fases. Corresponden a fases o etapas según los requerimientos de seguridad y niveles de confianza alcanzados por cada sentenciado, los cuales se reflejan en su clasificación con el propósito de dar cumplimiento a la Reinserción Social*”, advirtiendo que “*se debe tener en cuenta que este permiso tiene como objetivo principal el acercamiento del interno o interna al núcleo familiar, por tanto, la verificación del lugar a donde se va a dirigir el interno cuando salga a disfrutar el permiso debe ser el*

146 Cuaderno copia n.º 14, folios 1214 al 1220.

147 Cuaderno copia n.º 14, folios 1218 al 1219.



domicilio de su familia; cualquier transgresión del lugar que se ha registrado para el disfrute del permiso debe informarse a la respectiva Autoridad Judicial que lo aprobó e igualmente iniciar la investigación disciplinaria pertinente”. (Rad. 157544 del 29 de julio de 2016, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE).



110. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

El incremento del término prescriptivo por la condición de servidores públicos opera también para los delitos típicamente militares

“Ahora bien, el parágrafo del artículo 83 del Estatuto Punitivo Castrense, para efectos de la contabilización del término de prescripción, así como de la interrupción en delitos comunes, remite de manera expresa a lo normado en el artículo 83 del Código Penal, para los hechos punibles cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, categoría en la que se encuentran incluidos los miembros de la Fuerza Pública, en esa medida, debe incrementarse en la tercera parte, según lo dispuesto en el inciso quinto de la citada preceptiva¹⁴⁸, contexto que nos permite afirmar que el término extintivo de la acción penal para delitos comunes, no puede ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, conforme lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁹ y esta Corporación en doctrina unificada¹⁵⁰.

Bajo esa premisa, para efectos de contabilizar el término de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en ejercicio de sus funciones, no puede ser inferior a seis (6) años ocho (8) meses, bien que el fenómeno se presente en la etapa de instrucción o en la etapa de juicio (CSJ-CP- Radicado 20673 25 de agosto de 2004)¹⁵¹.

El aumento de la tercera parte para efectos de contabilizar el término de prescripción, también opera para los delitos típicamente militares y/o militarizados, como lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia (Radicado 34153 – 30 de junio 2010)¹⁵²

148 Al servidor público que en ejercicio de sus funciones de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

149 Casación 26392 del 2 de diciembre de 2008. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Radicado 34153 del 30 de junio de 2010. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

150 Entre otras decisiones las proferidas dentro del radicado 151722, 2 de febrero de 2009, Cuarta Sala de Decisión, M.P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana. Radicado 154992, 16 de marzo de 2009, Primera Sala de Decisión, M.P. TC. Ismael Enrique López Criollo.

151 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Radicado 20673 – Sentencia del 25 de agosto de 2004. M.P. Dr. Édgar Lombana Trujillo: “En síntesis, recapitulando, la Sala de Casación Penal recoge las diversas posturas vertidas en autos y sentencias a partir de la entrada en vigencia del Código Penal, Ley 599 de 2000, y en su lugar sostiene que en la sistemática jurídica colombiana si un servidor público en ejercicio de sus funciones de su cargo o con ocasión de ellos realiza una conducta punible, la prescripción de la acción penal ocurrirá en un tiempo no menor de seis (6) años y ocho (8) meses, bien que el fenómeno ocurra en la etapa de instrucción (antes de quedar ejecutoriada la resolución de acusación), bien que acaezca en la fase del juzgamiento (después de alcanzar firmeza la resolución acusatoria); no importando que el delito se sancione con pena no privativa de la libertad, o que la pena máxima de prisión –si la hubiere– fuere inferior a cinco años”.

152 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Radicado 34153 – Sentencia del 30 de junio de 2010. M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas: “Bajo esta premisa, siendo evidente que en el C. P. M., aplicable exclusivamente a los servidores públicos militares y de la Policía Nacional en servicio activo “que cometen hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio “... –artículo 14 ibíd.– no aparece regulado a integridad el tema de la prescripción de la acción penal, excepción hecha del delito específicamente militar de desertión –artículos 115 y 74 aparte final– para el que precisó que el término de prescripción de su acción es de dos años, denotando a las claras esta puntualización que en el tema de la prescripción respecto de los demás delitos tanto militares como comunes cometidos por las personas sujetas a ese ordenamiento especial, por respeto al principio

en reciente decisión al estudiar una demanda de casación dentro de un proceso seguido a un Suboficial del Ejército por el delito de Ataque al Inferior, en la que se alegaba que había operado el fenómeno de la prescripción y ante este planteamiento, precisa que el término para que opere este fenómeno es de seis (6) años ocho (8) meses, toda vez que el incremento del artículo 83 inciso 5° de la Ley 599 de 2000, le es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública en su condición de Servidores Públicos en atención al principio de igualdad, por integración normativa, dado que este instituto no estaba reglado en su integridad en la norma punitiva castrense”.
(Rad. 157978 del 22 de agosto de 2016, M.P. MY (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME. Segunda Sala de Decisión).



111. PRESCRIPCIÓN

Debe ser declarada judicialmente antes de decretarse la decisión inhibitoria

“Pues bien, como se lee, es innegable que tanto la prescripción como la caducidad de la querrela conllevan a la promulgación del auto inhibitorio; no obstante es relevante para los efectos pertinentes, rememorar que el instituto de la prescripción consagra una doble connotación (sanción-beneficio); la primera opera frente al Estado, que pierde su potestad punitiva por el cumplimiento del plazo señalado en la ley y la imposibilidad de los servidores jurídicos de cumplir su acción en los términos previstos por el legislador. La segunda acontece frente al procesado, quien queda liberado de la persecución punitiva del Estado, que como se dijo, cesa en su potestad de imponerle una sanción penal.

Por ser una institución de naturaleza sustantiva, es imperativo que sea declarada judicialmente de oficio, sin necesidad que medie petición de parte; pues una decisión de esa naturaleza no solo respeta el principio de seguridad jurídica, sino que además proyecta y concreta el derecho del procesado, al señalarle con la fuerza jurídica que implica tal acto, que por los mismos hechos el Estado no le perseguirá y que su situación judicial entonces quedó resuelta.

Para ahondar en razones hay que observar el contenido del artículo 88 de la Ley 522 de 1999, que prevé como mandato judicial, la declaratoria de prescripción, cuando haya lugar, justamente porque como se destacó, de esa manera se brinda la seguridad jurídica que se demanda en el proceso penal y se define la situación de derecho ventilada en su interior.

de la igualdad de las personas ante la ley, debe acudirse al principio de integración, tomando del Código Penal ordinario las previsiones cuyo vacío se advierte en la preceptiva especial.

(...)

4.8. Los hechos que dieron lugar al proceso penal fueron objeto de atribución en la resolución de acusación del 20 de abril de 2007, la cual como se advirtió surtió ejecutoria el 15 de mayo siguiente, habiendo transcurrido al mes de mayo de esta anualidad, tres (3) años y dos (2) semanas, tiempo inferior a seis (6) años ocho (8) meses, de lo cual se deriva que el fenómeno de la prescripción para el delito de ataque al inferior no se ha materializado, toda vez que el incremento del artículo 83 inciso 5° ejusdem le es aplicable al aquí procesado pues al momento de la consumación de la conducta punible fungía como Cabo Tercero, esto es, como servidor público”.

Por lo que se viene de expresar es nítido que la razón se pone del lado de la apelante, quien peticionó que antes de proferirse la decisión inhibitoria, respecto de la cual, valga la pena decir, no tiene reparo, era necesario declarar la prescripción”. (Rad. 158228 del 28 de enero de 2016, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).

112. PREVARICATO POR OMISIÓN

Configura el tipo penal objetivo, omitir la elaboración del respectivo comparendo, por la no presentación de la licencia de tránsito en original

“Así las cosas, la prueba apunta a la omisión por parte del Patrullero AGLA de inmovilizar el vehículo que conducía el señor LCCM elaborando el respectivo comparendo, lo que debía hacer en razón a que no se le presentó la licencia pues solo se portaba una fotocopia de la misma. Recuérdese que estuvo ajustada la sentencia en referir que la ley disponía la inmovilización del vehículo, ya que la Ley 769 de 2002, modificada en gran parte por la Ley 1383 de 2010 expresa en su artículo 34 que: “PORTE. En ningún caso podrá circular un vehículo automotor sin portar la licencia de tránsito correspondiente”, mientras que en los artículos siguientes regulan lo relativo a la expedición y características de la licencia de tránsito, entre estas últimas, la inclusión de un código de barra bidimensional y un holograma de seguridad, conteniendo entre otros los siguientes datos: Número máximo de pasajeros o toneladas, destinación y clase de servicios, nombre del propietario, número de placas asignadas, etc. Entre tanto, el Decreto 289 del 2 de febrero de 2009 prescribió que con base en el formato único nacional con nivel de seguridad para la licencia de tránsito, el “Ministerio de Transporte implementará todas las medidas que fueren necesarias para lograr la adquisición, impresión, distribución, custodia y control de los insumos y equipos que garanticen el cumplimiento de las normas de seguridad para la expedición de la Licencia de Conducción y de la Licencia de Tránsito con un Formato Único Nacional”.

Lo anterior significa que la licencia de tránsito se expide por una determinada autoridad y que contiene un sistema de seguridad con la información que establece la ley; por ello es pertinente inferir que cuando la misma ley señala que para la conducción de un vehículo debe llevarse la licencia de tránsito, es la expedida por esa autoridad, revestida de unas características especiales. Por ende, la exigencia es de ese preciso documento y no de otro, como las reproducciones mecánicas (fotocopias), contraviene obviamente con ese sistema de seguridad que regula la ley. Por ende, no puede atenderse lo alegado por el señor defensor en el sentido de que la ley faculta portar la licencia de tránsito original o en su defecto una reproducción.

Desde otro punto de vista, conforme al Manual de Infracciones de Tránsito adoptado en la Resolución 003027 del 26 de julio de 2010, en su Capítulo 7, que regula la retención preventiva del vehículo, reza: “ La autoridad de tránsito podrá en forma preventiva inmovilizar un vehículo sin llevarlo a patios oficiales cuando se

presente la comisión de una infracción que de acuerdo a lo previsto en el Código de Tránsito el vehículo no pueda transitar, hasta tanto se subsane la causa que dio origen a la inmovilización y por un término máximo de 60 minutos. Una vez agota dicho plazo será trasladado a los patios oficiales o parqueaderos autorizados. En aquellos casos en que el Código Nacional de Tránsito determinó en forma expresa la inmovilización del vehículo, esta deberá realizarse con el traslado del vehículo a patios oficiales o parqueaderos autorizados, siempre y cuando la falta no sea subsanable en el sitio donde se detectó la infracción”. Enseguida se señalan las infracciones que ocasionan esta clase de inmovilización preventiva que puede ser subsanada en los 60 minutos siguientes, pero dentro de ellas no se encuentra la de conducir el vehículo sin licencia de tránsito, categorizada en la Resolución 3027 de 2010 con la sigla H.02.

Todo lo anterior significa que el vehículo conducido por el señor LCCM debió ser objeto de inmovilización, en lugar de haber dado espera al propietario del mismo, y la omisión de la hechura del comparendo (amonestación).

Sobre este tema como se consignó atrás, la verificación es indicativa de que el señor JAT no acudió al lugar con la licencia de tránsito, y por ello mismo no puede ser tampoco de recibo lo que arguyó el defensor en el sentido de que el PT® AGLA consideraba que el no porte de la licencia de tránsito era subsanable, motivo por el que no dispuso la amonestación mediante la orden de comparendo ante la exhibición de la fotocopia. Así, no le asiste razón al señor defensor cuando afirma lo siguiente, no solamente por lo verificado en el proceso sino la claridad de la ley que lo que debe portarse por parte del conductor es la licencia de tránsito, no una reproducción de la misma...”. **(Rad. 158291 del 30 de septiembre de 2015, M.P. CN (RA) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**



113. PREVARICATO POR OMISIÓN

No se configura por la sola mora en la resolución de situación jurídica provisional, debe verificarse el aspecto subjetivo del tipo penal

“Pues bien, lo anterior pudiera en principio sugerir la presencia de un requisito objetivo de tipicidad, mas sin embargo como en el proceso de adecuación típica no puede el Juez limitarse únicamente en ajustar la conducta de manera objetiva, sino que además debe verificar la presencia de los elementos subjetivos que integran el tipo penal de prevaricato por omisión, por cuanto es allí donde se analizan las razones y las causas por las cuales el sujeto de la conducta no realiza la acción u omisión, que para el caso bajo estudio resulta evidente, la ausencia de conocimiento y voluntad en la conducta, pues la demora en el trámite de la actuación estaría relacionada con circunstancias ajenas a la voluntad del indiciado”. (...).

“Frente al anterior contexto, forzoso resultaría afirmar que de parte del Juez se hubiese presentado una conducta ilegal por no haber definido dentro de los diez

(10) días siguientes a la indagatoria la situación jurídica de los encartados, como quiera que el solo vencimiento del término judicial no puede tenerse como único elemento constitutivo de la conducta típica, ya que como se indicó pretéritamente se requiere demostrar que la omisión o el retardo en el cumplimiento de los deberes propios del cargo se hayan producido en forma dolosa con conocimiento y voluntad de ocasionar un agravio u obtener un beneficio, requisitos estos que no se acreditan ni siquiera en forma indiciaria dentro del plenario, para de esta forma proceder a establecer así una tipicidad primaria de la conducta denunciada”. (**Rad. prel. 210 del 23 de mayo de 2016, M.P. CR (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Cuarta Sala de Decisión**).



114. PRIMER RESPONDIENTE

En las operaciones militares esta calidad recae en el comandante de la escuadra o patrulla

“Entonces, ¿quién es el primer respondiente?, la respuesta nos la da el mismo manual, “El primer respondiente es la primera autoridad que aborda el lugar de los hechos, en este caso un miembro de la Fuerza Pública. Al primer respondiente, no le corresponde realizar una labor investigativa, sin embargo, debe realizar tareas básicas con miras a que el lugar de los hechos, los EMP y EF no se alteren, contaminen, destruyan o deterioren ya que son de vital importancia para el desarrollo de la investigación penal”¹⁵³, de donde debe inferirse de manera razonada que necesariamente debe ser el comandante de la patrulla, pues tales tareas no las puede ordenar y disponer un uniformado sin mando, solo quien tiene la facultad de decisión sobre los integrantes de la escuadra o unidad militar que conoce del caso. (...)

Lo primero que ha de advertirse es que el aquí sumariado realiza la captura en compañía de su superior inmediato el C3. UAF, según se infiere de las escasas probanzas obrantes en el proceso, pero, en gracia de discusión de haberla realizado el procesado, el primer respondiente, según se coligió arriba, debía ser el Comandante de esa escuadra o de la patrulla, que para el caso serían el C3. UAF o el SS. AND, pues el soldado FE cumplió con lo ordenado en el Manual de Derecho Operacional, esto es, dejarlo a disposición de sus superiores, luego, conforme a lo ordenado en el mismo manual, quien debía realizar las coordinaciones con la Policía Judicial, era el comandante de la patrulla, pues era el primer respondiente y la persona que debía realizar el proceso de legalización de captura en compañía de la Policía Judicial, por tanto, debía llenar los formatos requeridos.

Es bajo la anterior concepción que debe entenderse que el proceso de judicialización no era función del procesado, y como en esa actividad se debían llenar las actas de los derechos del procesado y de incautación, así como el informe de captura, debe colegirse que las materializadas por el procesado, no fueron realizadas en ejercicio de sus funciones, o para colocarlo en palabras del apelante, este no tenía

la facultad certificadora y en esa medida, la conducta no se adecua a los elementos estructurales del tipo penal de falsedad ideológica en documento público porque no se halla acreditado el ingrediente normativo que exige que la conducta reprochada punitivamente se haya realizado en ejercicio de sus funciones, por tanto, resulta atípica.

Por las anteriores razones, la Sala no puede compartir los argumentos en los que el Juez Primario fundó la sentencia impugnada, pues allí solo se examinó el hecho objetivamente, el resultado puramente material, dejando de lado el examen de la cualificación especial que requería el sujeto activo, en cuanto si bien es cierto, se trata de un servidor público, dentro de sus rol que de ordinario cumplía, no tenía esa facultad de certificar los resultados operacionales, pues esa competencia estaba asignada a su superior jerárquico; en esa medida no reúne la condición de sujeto cualificado exigida en el tipo penal de falsedad ideológica imputada, consecuentemente, no se halla acreditado uno de los elementos objetivos del tipo, por tanto la conducta resulta atípica.

Conforme las razones precedentes, la Sala debe acceder a la pretensión principal incoada por el apelante, esto es, revocar la sentencia condenatoria para en su lugar, proferir resolución absolutoria a favor del procesado por atipicidad de la conducta, por falta de unos de los elementos objetivos del tipo, esto es, la calidad de sujeto activo cualificado del procesado”. **(Rad. 157932 del 30 de abril de 2015, M.P. MY (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME. Segunda Sala de Decisión).**



115. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Debe existir entre la acusación y la sentencia, en cuanto a lo personal, fáctico y jurídico

“(…) Jurisprudencialmente se ha dicho que desde la perspectiva de la unidad jurídica y conceptual, el proceso penal colombiano consagra la inconsonancia¹⁵⁴ entre la acusación y la sentencia como un vicio de actividad que se puede producir en el orden fáctico o en el orden jurídico. El primero se manifiesta como la falta de correspondencia entre los hechos (*causa petendi*), y el segundo como una desarmonía en la calificación jurídica (*nomen iuris*) del delito o delitos tipificados por esos hechos.

Así entonces, la calificación jurídica de los hechos que se efectúe en la resolución acusatoria, debe señalar los derroteros dentro de los cuales se va a circunscribir el juicio y a construir la sentencia, lo que significa que el Fiscal Militar al proferirla debe tener en cuenta el delito que se imputa, precisar los hechos, las circunstancias

154 Inconsonancia: “La incongruencia, que como lo tiene decantado la jurisprudencia de esta Corporación es un vicio de procedimiento, acaece cuando, contrariando el mandato del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, el sentenciador de instancia, al resolver el litigio sometido a su composición, desatiende los límites de la controversia fijados por las partes en la demanda, en la contestación y en las demás oportunidades establecidas por ese ordenamiento legal...” Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil, radicado 5995, sentencia del 21-01-2002, Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas.



de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron, las circunstancias atenuantes y agravantes modificadoras de la punibilidad, las genéricas cuya naturaleza implique juicios de valor, así como las formas de autoría o participación y las modalidades de la conducta punible, por mencionar algunos de los aspectos a tener en cuenta en un acto tal.

Bajo tales semblantes el juez de instancia no podrá salirse de lo regulado por el pliego acusatorio, lo que le impide, entre otras cosas, que al proferir sentencia agrave la situación jurídica del condenado incorporando nuevos hechos a la imputación o variando las calificaciones jurídicas específicas llevadas a cabo desde la acusación. Así entonces, la incongruencia entre uno y otro acto procesal se configura cuando el juzgador al proferir el fallo desconoce la denominación jurídica que fue atribuida en el pliego de cargos y condena por un delito distinto, incluye circunstancias de agravación no deducidas, desconoce atenuantes que allí se reconocieron, varía los hechos que constituyen la imputación mutándolos en su esencia o añadiendo conductas, por enunciar algunas de tales circunstancias. (...)

De ahí que deba existir una verdadera congruencia entre la resolución de acusación y la sentencia en cuanto a lo personal, fáctico y jurídico, principio –congruencia– que busca mantener la estructura del proceso y la garantía de que no se proferirá una sentencia disconforme con lo investigado ni mucho menos con la acusación elevada. De esa manera, la congruencia personal nos delimita la sentencia a los sujetos contra los que se haya elevado cargos, la congruencia fáctica a los hechos y circunstancias por los cuales se acusó, y la congruencia jurídica a las normas transgredidas que hacen parte de la calificación jurídica del pliego de cargos. (...). **(Rad. 158277 del 13 de noviembre de 2015, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ Tercera Sala de Decisión).**



116. PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA

Su vulneración genera nulidad

“(...) es pertinente recordar que el principio de la doble instancia es garantía esencial para preservar el debido proceso y que su consagración constitucional expresa contenida en los artículos 29 y 31 denota la importancia que tiene dentro de nuestro ordenamiento jurídico, adicional a ello no se contempla únicamente en dichos artejos sino también en normas de derecho internacional de los derechos humanos que se integran al bloque de constitucionalidad, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales le otorgan el carácter de garantía judicial y de mecanismo de protección destinado a hacer efectivos los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico y a velar por la recta actuación de la administración, máxime en aquellos casos en los cuales a partir del ejercicio de sus funciones puede imponer sanciones. (...).

Un yerro de tal índole, germinado desde el momento en que la Fiscalía ante el Comando Aéreo 121 pretermitió tramitar como era su deber el antes citado recurso de apelación, mismo interpuesto contra una decisión a la que sí había dado el carácter de resolutoria de una impugnación que era inexistente al punto de enviar la actuación a su superior funcional para que se pronunciare sobre una apelación también inexistente, indubitativamente vulneró el principio de la doble instancia, generándose una ruptura en el normal equilibrio que ha de rodear al trámite procesal, ello en tanto uno de los sujetos procesales, en este caso la representante de los intereses de la sociedad, no vio resuelto su inconformismo contra las determinaciones que adoptara la citada funcionaria.

Tal irregularidad, a la par de lo anterior, aparejó una violación del debido proceso e impidió que la referida parte accediera materialmente y en toda su extensión a la administración de justicia, siendo el único remedio procesal posible, dado que es improcedente su convalidación ante la actitud silente de todos los sujetos procesales que desde el momento de su advenimiento han actuado en el presente proceso dada la garantía objeto de conculcación, la invalidación de las decisiones contenidas en el auto interlocutorio del 24 de febrero de 2015 por las cuales se confirmara el auto adiado el 28 de julio de 2014 sin ser objeto de reposición y se dispusiera la concesión del recurso de apelación respecto del mismo, invalidación que se hace extensiva a todas las actuaciones procesales surtidas con posterioridad a aquella providencia interlocutoria hallándose pendiente el trámite del recurso de apelación que sí fuere interpuesto por la Procuradora 366 Judicial Penal I contra la negativa de declarar la prescripción de la acción penal, decisión esta última que no obstante haberse adoptado bajo la premisa de dar respuesta a un recurso de reposición imaginario, a juicio de la Sala no debe ser anulada en la medida que con ella sí se dio respuesta a lo realmente solicitado por aquella funcionaria del Ministerio Público, es decir, que no empece su irregularidad cumplió el propósito para el cual estaba destinada.

Una nulidad tal implica, no solo que la actuación enviada erradamente a la Fiscalía delegada ante esta Corporación deba retornar a la Fiscalía ante el Comando Aéreo 121, para lo cual por la secretaría común del Tribunal se deberá enviar la pertinente comunicación ante aquella, sino además que una vez cumplido lo anterior se dé el trámite legal a la impugnación realmente interpuesta, trámite sin el cual nunca se debió clausurar el ciclo instructivo y mucho menos llevar a cabo las actuaciones que da cuenta la foliatura, debiéndose precisar que el artículo 361.3 de la Ley 522 de 1999 es claro en cuanto a que el efecto suspensivo opera respecto de los autos de cesación de procedimiento habida cuenta de la naturaleza de cosa juzgada que adquiere una decisión que así pone fin al trámite procesal, mas no respecto de aquellos que niegan acceder a una petición de declaratoria en tal sentido, pues en relación con estos es más que evidente, dado que no ponen fin a la actuación procesal, que su concesión opera en el efecto devolutivo. (...)” **(Rad. 158061 del 27 de enero de 2016, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).**



117. PRINCIPIO DE JERARQUÍA

Impedimento. Solo opera respecto de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo

“Atendiendo los anteriores supuestos fáctico-procesales, la señora MY. DPL en su condición de Juez Tercera Militar de Brigada, estima que el procesado posee mayor antigüedad y si bien la Ley 522 de 1999, no consagra esa circunstancia como causal de impedimento, dentro de las normas rectoras consagra el principio de jerarquía, el cual debe prevalecer sobre cualquier otra disposición del código, por lo tanto, le impone la obligación de declararse impedida, *“de conformidad con lo establecido en el artículo 215 de la Ley 522 de 1999 y los artículos 190 y 231 de la Ley 1407 de 2010”*¹⁵⁵.

Como punto de partida de este examen, debemos señalar que efectivamente como lo afirma la señora Juez de Conocimiento, el Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), artículo 215, eleva la jerarquía a la categoría de principio rector del procedimiento para establecer que *“Ningún miembro de la Fuerza Pública podrá juzgar a un superior en grado o antigüedad”*, disposición que prevalece sobre las demás normas del código, como lo establece el artículo 218 *Ibidem*, *“Prevalencia de las normas rectoras. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código y serán utilizadas como fundamento de interpretación”*.

Hoy la nueva sistemática punitiva castrense, además de consagrar la jerarquía como principio rector del procedimiento (artículo 190, Ley 1407 de 2010), con una redacción idéntica a la prevista en el anterior código, esa circunstancia la ha determinado de manera expresa como causal de impedimento (artículo 231, numeral 14, de la Ley 1407 de 2010), pero únicamente respecto de los Jueces de Conocimiento, dado que son los únicos funcionarios que tienen la función de juzgar, la cual se hace extensiva a los Jueces de Segundo Grado, en tanto que también cumplen funciones de juzgamiento.

Conforme al anterior supuesto de orden normativo y atendiendo las razones expuestas en el numeral segundo de estas consideraciones, congruente con el supuesto fáctico-procesal referido por la señora Juez, debe examinarse el incidente propuesto, no bajo la lupa del principio de jerarquía, sino conforme a las previsiones del artículo 231, numeral 14, de la Ley 1407 de 2010, disposición que consagra como causal de impedimento, el hecho *“Que el juez de conocimiento sea inferior en grado, o menor antigüedad que el acusado o procesado”*.

Para determinar su estructuración, no se hace necesario realizar un análisis con demasiada profundidad, dado que es una causal puramente objetiva, solamente se debe presentar el supuesto circunstancial previsto en la norma, esto es, debe estar acreditado de manera objetiva que el miembro de la fuerza pública sometido a juicio, ostente un grado superior en la escala jerárquica o una mayor antigüedad si son del mismo grado, respecto de quien encarna la función de Juez encargado de juzgarlo.

Más allá de la simple denominación, el grado militar y la antigüedad, jurídica y filosóficamente representan lo que se denomina la jerarquía, entendida como el escalafón que determina la cadena o escala de mando, propia de las fuerzas militares y policiales, *“para efectos de mando, Régimen Interno, Régimen Disciplinario y Justicia Penal Militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados”*¹⁵⁶ como lo han previsto los diferentes estatutos de carrera, necesaria para la subsistencia de las instituciones que conforman la fuerza pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional).

En esa medida, los estatutos de carrera han establecido el denominado escalafón militar y/o policial, entendido como el listado en estricto orden de grados y antigüedad, que permite determinar con exactitud la cadena y sucesión del mando, circunstancia que habilita el ejercicio del mando y correlativamente la subordinación y obediencia, condición esencial para la existencia de toda fuerza militar y se halla *“conformado por los oficiales y suboficiales egresados de las escuelas de formación o de las unidades autorizadas para adelantar cursos, **mientras permanezcan en servicio activo**”*¹⁵⁷. (Resaltos fuera de texto).

Sin ambages, en tanto que la norma es clara, precisa y no requiere de ninguna interpretación extensiva, en tanto que la ley de manera expresa determina que el escalafón solamente se halla integrado por los oficiales y suboficiales en servicio, necesariamente se debe afirmar que el principio de jerarquía, tal como se halla concebido, tanto en la Ley 522 de 1999 y en la Ley 1407 de 2010, e igualmente, la causal prevista en el numeral 14, artículo 231 de la nova sistemática punitiva castrense, solo opera respecto de los oficiales y suboficiales en servicio activo, sin ninguna incidencia en el personal retirado.

Con la claridad conceptual y dogmática inferida en las consideraciones precedentes, necesariamente debemos afirmar que el procesado MY (RA) SAGF por encontrarse en situación de retiro, con asignación, no hace parte de la jerarquía militar pues se halla por fuera del escalafón del Ejército Nacional que se halla integrado solo por personal en servicio activo.

Así las cosas, a pesar de que el procesado haya ascendido al grado de mayor con anterioridad a la fecha de ascenso al mismo grado, de quien hoy funge como Juez dentro de la causa seguida contra el MY (RA) SAGF, no se estructura la causal de impedimento prevista en el numeral 14 del artículo 231 de la Ley 1407 de 2010, dado que no puede predicarse que la señora MY DPL sea inferior en grado o tenga menor antigüedad que el procesado, pues este no se halla enlistado dentro del escalafón del Ejército Nacional, por encontrarse retirado de esa Fuerza.

Así las cosas, como quiera que el supuesto fáctico-procesal requerido en la ley para la estructuración de la causal invocada, no se halla acreditado dentro del expediente, pues el procesado en este momento no hace parte de la jerarquía militar, por tanto, no podemos afirmar que la señora MY DPL quien funge como Juez

¹⁵⁶ Ley 1405 de 2010, artículo 6°, que modificó el Decreto 1790 de 2000.

¹⁵⁷ Decreto 1790 de 2000, artículo 29.



Tercero Penal Militar de Brigada, sea inferior en grado o de menor antigüedad que el procesado, se deberá declarar infundado el impedimento manifestado por la citada oficial en su condición de Juez Tercero Penal Militar de Brigada”. (Rad. 158544 del 16 de septiembre de 2016, M.P. MY (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).



118. PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PENA DENTRO DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

La culminación del servicio militar obligatorio no hace innecesaria la pena

(...) tanto la legislación especial como la ordinaria en materia penal, determinan que la pena cumple funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, por lo que su imposición debe consultar criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad; en este sentido el artículo 12 del estatuto punitivo castrense, prevé que la pena en materia penal militar: *“tiene como función la prevención general y especial, protectora y reinserción social. Las medidas de seguridad persiguen fines de protección, curación, tutela y rehabilitación. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”*; en el mismo sentido, establece el artículo 3° del Código Penal colombiano: *“La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”*. (...).

En apariencia parece entonces, que corresponde al juez determinar la necesidad de la pena en todos los casos para que pueda aplicarla una vez declarada la responsabilidad penal, como al parecer lo entiende el recurrente, situación que no corresponde a lo señalado por la ley, puesto que es el propio artículo 3° del Código Penal, el que establece expresamente en su inciso segundo, que: *“el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme las instituciones que la desarrollan”*, lo que involucra un límite al funcionario judicial en torno a la aplicación del principio de necesidad de manera general, en la medida que el análisis que realiza el sentenciador frente al mismo gira inicialmente en torno a la función preventiva de la pena, tanto en su aspecto general como especial.

En segundo lugar y como se estableciera anteriormente, el principio de necesidad frente al ámbito punitivo de movilidad, en cada una de las conductas establecidas como punibles ha sido efectuado previamente por el legislador, en desarrollo de la función constitucional que le compete y en virtud de los principios de reserva legal y taxatividad, por lo que el Juez solo puede aplicar el principio de necesidad conforme las instituciones que lo desarrollan, sin desconocer el mínimo y máximo punitivo establecido por el legislador.

Frente al particular, el Código Penal Militar expresamente determina los eventos en los que el Juez castrense puede establecer la necesidad de la pena como aspecto para fundamentar la imposición de la sanción punitiva, eventos entre los cuales están:

1. Al momento de individualizar la pena una vez fijado el cuarto de movilidad punitiva, conforme lo establecido en el artículo 61 del Código Penal Militar, que señala al respecto: *“Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, **la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto**”* (lo subrayado fuera de texto).
2. En el evento de que trata el numeral 2 del artículo 63 del Código Penal Militar, para la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.
3. Para conceder la libertad condicional como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad condicional, en la medida que el Juez pueda suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena, conforme lo establecido en el artículo 64 del Código Penal Militar. La aplicación del principio de necesidad de la pena, frente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena como para la libertad condicional, se efectúa no en el momento de la imposición de la pena sino en desarrollo de su ejecución.
4. Finalmente se puede prescindir de la imposición de la sanción penal, en los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge o compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad; ello por aplicación del artículo 34 del Código Penal en virtud del principio de integración normativa. (...).

El apelante concreta su disenso frente a la decisión de primera instancia, en la negativa del *a quo* para reconocer la falta de necesidad del cumplimiento de la pena intramural, reclamando la revocatoria de la sentencia condenatoria para que se reconozca por parte del *ad quem* dicha situación y se otorgue al condenado un periodo de prueba mientras el tiempo se cumpla y su comportamiento ratifique la innecesaridad de la pena privativa de la libertad.



Frente al particular esta Sala de Decisión, desde ahora fija su postura en el sentido de confirmar lo resuelto por la primera instancia al determinar como improcedente la aplicación del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena al condenado, en virtud de lo establecido por el numeral 3 del artículo 63 del Código Penal Militar, que proscribía el otorgamiento de dicho beneficio cuando se trata de delitos que atentan contra el servicio, como corresponde a los delitos por los cuales se procesó al enjuiciado referidos al delito del centinela y desertión.

Como arriba se precisó, el principio de necesidad halla aplicación en el Código Penal Militar en determinados eventos, sin que pueda entenderse como lo pretende la defensa, que el caso particular corresponda a uno de ellos, al punto que pueda el Juez Militar determinar, contrariando la ley, la posibilidad de eximir al condenado de la aplicación de la pena, pretendiéndose imponer al juez la función señalada por la regla general de competencia al legislador¹⁵⁸, que si bien no corresponde a una facultad absoluta, pues encuentra límites en los principios, valores y demás normas constitucionales que está obligado a respetar, compete al órgano legislativo y tiene como se anotó respaldo constitucional, puesto que en ejercicio de dicha atribución, *“este goza de un cierto margen de autonomía o configuración política, tanto para definir cuáles son los comportamientos humanos que merecen reproche penal –señalando la respectiva sanción e intensidad de la misma–, como para diseñar los procedimientos que conduzcan a establecer la veracidad de los hechos y la responsabilidad penal de quienes resulten involucrados en la comisión de una determinada conducta delictiva”*¹⁵⁹.

El hecho de que el condenado haya cumplido con su servicio militar obligatorio o que hubiere sido cobijado por una medida de aseguramiento de detención preventiva como consecuencia de los procesos adelantados en su contra, en nada determina que la pena se haga innecesaria como lo asegura el recurrente, puesto que de ser así, podríamos señalar que le basta al uniformado retirarse de la Fuerza Pública para que la sanción penal por la comisión de una conducta punible resulte inútil e innecesaria, o que la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad resulta suficiente para que la pena se torne ineficaz, argumentos del todo livianos que desconocen los presupuestos de hecho y de derecho de las situaciones propuestas. (Rad. 158204 del 24 de junio de 2015. M.P. TC WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tercera Sala de Decisión).



119. PRINCIPIO DE NO REFORMATIO IN PEJUS

Readecuar la pena impuesta resulta inviable a pesar de haberse concedido incorrectamente un atenuante

“El acto de imposición de la sanción penal supone, de acuerdo a lo establecido en el artículo 59 de la Ley 1407 de 2010, que toda sentencia deba contener

¹⁵⁸ Numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución Política colombiana.

¹⁵⁹ Corte Constitucional, Rad. C-762 del 17 de septiembre de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

una explícita fundamentación sobre los motivos de su determinación cualitativa y cuantitativa; sin embargo, frente a este respecto si bien el Juez de Primera Instancia cumplió tal cometido cuando señaló que al cabo primero NRJJ se le impondría una pena mínima de doce (12) meses de prisión de acuerdo al monto establecido en el artículo 107 de la Ley 1407 de 2010, no obstante le concede una rebaja ilegítima de la mitad de la pena, por haberse presentado voluntariamente dentro de los ocho (8) días siguientes a la comisión de la conducta, según lo dispuesto en el artículo 111 *ibídem*.

Sería del caso, si no fuera por la limitación que se le impone al superior en relación con el principio de *no reformatio in pejus*, que nos pronunciáramos y readecuáramos el monto de la pena impuesta, dado que el beneficio de rebaja de pena por mandato legal resulta inviable e incompatible jurídicamente, ya que esta posibilidad de atenuación punitiva se encuentra directamente relacionada con el tipo penal de la deserción y no del abandono del servicio. **(Rad. 157831 del 25 de mayo de 2015, M.P. CR (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Cuarta Sala de Decisión).**



120. PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO

Para que proceda la cesación de procedimiento la duda debe ser insalvable

“(…) habida cuenta de que el Juez 194 de Instrucción Penal Militar en la decisión interlocutoria adiada el 14 de mayo de 2015 acude el postulado del *in dubio pro reo* a fin de justificar por qué ante las versiones encontradas ofrecidas por el procesado y por los lesionados, se inclina a estimar que la lesión de estos se debe imputar a título culposo y no doloso, precisa la Sala recordar que dicho axioma, expresión de la garantía de presunción de inocencia en tanto esta no pueda ser derruida probatoriamente, se traduce, como ha sostenido la honorable Corte Suprema de Justicia en pacífica y uniforme doctrina¹⁶⁰, “*en un estadio cognoscitivo en el que en la aprehensión de la realidad objetiva concurren circunstancias que afirman y a la vez niegan la existencia del objeto de conocimiento de que se trate. En esa medida, en los supuestos de duda se plantea una relación probatoria de contradicciones en la que concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y descargo, de afirmaciones y negaciones, las cuales como fenómenos proyectan sus efectos de incertidumbre respecto de alguna o algunas de las categorías jurídico-sustanciales discutidas dentro del proceso penal*”.

Ahora bien, cierto es que la tradición jurídica impone al operador judicial el deber de resolver las dudas existentes en beneficio del sujeto pasivo de la acción penal, pero no menos cierto resulta que un mandato tal no es absoluto, el mismo

¹⁶⁰ Autos de junio 24 de 2009, radicado 26909, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca y de noviembre 11 de 2009. Radicado 32415. M.P. Yesid Ramírez Bastidas, entre otros.



se halla condicionado, toda vez que su operabilidad pende de que la incertidumbre sea insalvable, esto es, que no haya modo de eliminarla a través de los medios probatorios que legal y oportunamente puedan aducirse al proceso.

De ahí que en orden a la consolidación de este instituto y de su correcta aplicación, la labor del funcionario judicial no puede quedarse en la simple constatación de las causas génesis de la hesitación que lo asalta, es decir, de lo que dicen las pruebas en uno u otro sentido, sino que, por el contrario, debe proceder a llevar a cabo las pruebas que ya ordenadas aún no han sido practicadas pero pueden permitirle superar el obstáculo del conocimiento que se le presenta, o bien debe decretar otras distintas con idéntica finalidad, esto es, disponer de suficiente material suasorio que le permita discernir hacia dónde se inclina la balanza de la persuasión racional y su convicción. Así las cosas, resulta incontrovertible que el juicio probatorio para la resolución de la duda judicial imprescindiblemente debe fundamentarse en los medios de prueba dinamizados en la correspondiente actividad procesal y en aquellos que estén al alcance del funcionario. Su aplicación *ipso facto*, contando con aquellas posibilidades probatorias, no puede ser la primera solución a la que se acuda en tanto ello subvierte los fines de la administración de justicia y atenta contra el postulado constitucional de alcanzar un orden justo al que se hizo mención líneas atrás.

Por modo que si el juzgador cuenta con oportunidades y elementos para dilucidar la incertidumbre que lo cobija, debe hacerlo, con mayor razón cuando, como acontece en el caso *sub examine*, se hallan pendiente pruebas por practicar previamente decretadas por el propio juez instructor autor de la providencia recurrida y además este, eso sí sin hesitación alguna para esta Corporación, cuenta con la oportunidad de llevar a cabo otras que le permitan, no solo arribar a un correcto entendimiento de lo realmente sucedido en el caso sometido a su conocimiento, sino también impartir una correcta justicia material.

Un entendido en sentido contrario, precisa la Sala, no solo no equivale en estricto sentido a justicia y violenta el antes citado cometido constitucional de afianzar un orden justo, sino que además desconoce los derechos de las víctimas y del propio procesado a obtener una verdadera justicia, ello en tanto una declaración así hecha no se fundamenta en la plena convicción, ni siquiera en una posibilidad de verdad, a pesar de ser dable arribar a estos grados del conocimiento.

Sostener, como sin ambages y paladinamente se postula en la decisión del Juez 194 de Instrucción Penal Militar, en unas distorsionadas interpretación y aplicación del dogma del *in dubio pro reo*, que como hay versiones encontradas en punto a la imputación subjetiva propia de la conducta punible por la que se procede, debe privilegiarse la que es, punitivamente hablando, más favorable al procesado, no solo desconoce y arrasa con todo lo expuesto *ut supra*, sino que además echa por tierra con los derechos que asisten a toda víctima con el delito de obtener justicia, verdad y reparación, erigiéndose ello, en consuno con la omisión de la práctica de pruebas previamente decretadas que pueden dilucidar la duda que ataca al precipitado funcionario, en irregularidades sustanciales

que indubitativamente lesionan el debido proceso y determinan por sí solas la invalidación de una decisión tal. (...)” (Rad. 158238, 24 de noviembre de 2015, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).



121. PRISIÓN DOMICILIARIA

Improcedencia en la jurisdicción penal militar

El instituto a que hace relación el artículo 55 de la Ley 522 de 1999, que reprodujo el arto 46 de la Ley 1407 de 2010, corresponde a la pena accesoria de restricción domiciliaria; disposición que se encuentra ubicada dentro del Código Penal Militar en el Libro I, Título III referido a la punibilidad, Capítulo I concerniente a las penas; norma a través de la cual se define y desarrolla la pena accesoria de restricción domiciliaria enunciada por el artículo 37 del Código Penal Militar de 2010. Pena accesoria que consiste en *“la obligación impuesta al condenado de permanecer en determinado municipio o en la prohibición de residir en determinado lugar”*.

Las penas accesorias, a diferencia de las principales, corresponden a penas privativas de otros derechos, que pueden ser impuestas por parte del juez, cuando tienen relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de un derecho o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena¹⁶¹.

La prisión domiciliaria a que alude el defensor, por el contrario, corresponde a una pena sustitutiva de la prisión, así lo establece el artículo 36 de la Ley 599 de 2000. Mecanismo que se encuentra reglado en el artículo 38 del Código Penal, que fuera modificada por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014, señalando: *“La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine...”*. (...).

Como se puede observar, no existe ninguna similitud entre estos dos institutos jurídicos, puesto que como ya se dijo, el primero relativo a la *“restricción domiciliaria”* está llamado a hacer parte de una pena accesoria, que se podrá imponer únicamente en la jurisdicción penal castrense, mientras que el otro, es decir, *“la prisión domiciliaria”* es una medida sustitutiva a la pena de prisión que contempla la jurisdicción ordinaria. En virtud de lo anterior, ninguna consecuencia, efecto o característica similar existe entre los dos institutos, menos aún que permitan determinar por vía de integración, la aplicación de la pena sustitutiva de prisión domiciliaria en la jurisdicción foral.

Debe tenerse en cuenta, que el principio de integración permite aplicar un instituto contemplado en otro ordenamiento, únicamente en relación con la materia

161 Artículo 52 Ley 599 de 2000.

que no se encuentre regulada dentro de la norma especial castrense, siempre y cuando esta no sea contraria a su propia naturaleza. (...).

Por otro lado, no debe perderse de vista, como en reiteradas ocasiones lo han expresado la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación, que la jurisdicción penal militar corresponde a una jurisdicción especial y por tanto constituye una excepción al principio del juez natural¹⁶². La jurisdicción castrense tiene origen en el artículo 221 de la Carta Magna¹⁶³, razón por la cual registra su propio Código Penal en consideración a la materia que regula y a los sujetos a la que está destinada.

En virtud al principio de especialidad de la jurisdicción foral, el empleo de institutos como la pena sustitutiva no encuentran aplicación por no hallarse regulada dentro del marco normativo castrense. (**Rad. 158250 del 14 de abril de 2016. M.P. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tercera Sala de Decisión**).



122. PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD

Naturaleza dogmática del delito. Eventos en que se puede limitar el derecho a la libertad

“(...) Este punible, al igual que los tipificados en los referidos artoes 175 y 176 de la norma legal citada, tiene lugar mediante el abuso de sus funciones por parte del servidor público, lo que supone que el servidor esté investido de competencia para afectar la libertad individual de alguien o que entre sus funciones se encuentre ello. El verbo rector del tipo es “privar” de la libertad a una persona, lo que comporta de manera genérica impedirle o limitarle la libre locomoción y en forma particular su libertad personal.

Cabe agregar, habida cuenta del prenombrado abuso, que este ha de tener como inspiración óptica el capricho, el arbitrio, del funcionario, con la salvedad que, al menos, se pueda tener noticia de dónde y bajo órdenes de quién se encuentra, cosas que no pueden ser muy claras o incluso ignorarse en cualquiera de las otras situaciones reguladas en los cánones en cita. (...).

Ahora bien, dicho tipo penal forma parte del conjunto normativo que tutela el bien jurídico de la libertad, el cual si bien ocupa junto con el derecho a la vida un lugar de privilegio en el orden de las garantías individuales, como se apuntaló

162 Sentencia C-429-01 M.P. Jaime Araújo Rentería.

163 El artículo 221 de la Constitución Política, señala: “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”.

previamente, no tiene un carácter absoluto e ilimitado en la medida que es el mismo artículo 28 de la Carta Política, al definir el ámbito de protección y amparo del derecho a la libertad, el que establece los fundamentos jurídicos que dan lugar a su restricción material disponiendo que *“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”*.

El alcance de este precepto se armoniza, como igualmente se esbozó *ut supra*, con lo dispuesto en los diferentes tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado colombiano, instrumentos que si bien propugnan por la protección del derecho a la libertad, admiten que en ciertos supuestos se le fijen ciertos límites que permitan el adecuado cumplimiento de los fines sociales de los Estados.

Sobre estos supuestos, la ley regula estrictamente los casos en que procede su limitación, señalando en detalle los requisitos, las formalidades y los términos dentro de los cuales la autoridad pública puede privar de la libertad a quien es señalado como infractor de la ley penal, con lo cual toda actuación que no esté sujeta a ese estricto marco constituye abuso, cuya sanción de manera concreta aparece prevista en el ahora título 3º de los *“delitos contra la libertad individual y otras garantías”*, bajo la denominación genérica *“De la detención arbitraria”*.

Por contraste, todas aquellas privaciones de la libertad ordenadas por la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, no pueden considerarse como abusivas. En tales casos, el postulado constitucional y abstracto de la libertad individual encuentra una legítima limitación, por ejemplo, en la figura de la detención preventiva, cuya finalidad está en la necesidad de *“garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria”*¹⁶⁴, dándole así vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales.

Por otra parte, habrá de agregarse, el delito de privación ilegal de la libertad es de aquellos denominados materiales, en la medida en que solo es dable afirmar su consumación en tanto efectiva y físicamente se produzca el hecho antijurídico de privar a una persona de su libertad sin que medie fundamento jurídico para ello.

Desde el punto de vista de su contenido, también se le ha caracterizado como reato permanente, toda vez que la realización de la conducta o la producción del evento típico no se agota en un solo instante, sino que ella perdura o se prolonga durante todo el tiempo en que se mantenga el proceso consumativo, en tanto no se produzca la liberación del detenido a iniciativa de quien directamente la ha coartado, o de quien debe hacer cesar su vulneración, o de un tercero, o por circuns-

164 Sentencia C-774 de 2001, Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



tancias no vinculantes con las personas a quienes resulta imputable¹⁶⁵. (...)” (Rad. 158207 del 29 de octubre de 2015, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA, Tercera Sala de Decisión).



123. PROCEDIMIENTO ESPECIAL-NULIDAD

Se configura por desatender la estructura propia de este procedimiento, al crear una etapa probatoria inexistente

“... ante la no presencia del defensor del procesado PT. VRA, se suspendió la audiencia para el día 27 de mayo de 2015 a las 14:00 horas. En este sentido hay que advertir que en el acta quedó consignada por parte de la Presidencia que se “*fija nuevamente audiencia para la celebración de la audiencia de corte marcial par el día 27 de mayo a las 2 de la tarde*”, debiéndose entender que la nueva fecha lo era para la continuación de la misma, columna vertebral de la etapa de juicio del procedimiento especial.

Pese a lo anterior, inesperadamente el 25 de mayo de 2015 la Juez de instancia profirió una providencia interlocutoria, esto es, por fuera de la audiencia de la corte marcial que había instalado, para decretar dos pruebas oficiosamente..., considerando que ello era pertinente y conducente para continuar con las etapas correspondientes.

Lo anterior activó en el Fiscal Penal Militar su inconformidad al interponer el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra esa decisión, señalando que el procedimiento especial está señalado en la Ley 1058/06 y que ese es su debido proceso, de tal forma que la decisión de la Juez se profirió en una etapa procesal inexistente, pues es en la audiencia donde se aportan o solicitan las pruebas y la que cada sujeto procesal tiene derecho a ello, anunciando que presentaría un cuestionario para que el perito forense pueda absolverlo.

Conforme a lo anterior, el Juez de instancia desatendió la estructura del proceso penal militar, específicamente la etapa del juicio, en la que una vez instalada la corte marcial, abruptamente por fuera de ella profirió una decisión desintegrando el debate propio de la vista pública en los que resplandecen los principios de publicidad, contradicción, concentración e inmediación del Juez, visible con más notoriedad en la subetapa de la práctica de pruebas que establece el artículo 579 de la Ley 522/99”. (...)

“Así las cosas, aperturada la audiencia de corte marcial, es en ella en la que debe agotarse la rigurosidad establecida en el mencionado artículo 579, que no es otra que la instalación de la audiencia, la declaratoria de persona ausente si a ello hubiere lugar, el acto de aceptación o no de cargos por parte de los procesados, y llegado el caso, el traslado de la Presidencia a los sujetos procesales para

la solicitud o presentación de pruebas; la práctica de las pruebas, la intervención de los sujetos procesales (alegaciones), la anunciación del sentido del fallo con las decisiones necesarias respecto a la preservación y afectación de derechos fundamentales. Por ende, es en la audiencia de corte marcial, en ese debate público, donde el Juez está obligado a trasladarle la oportunidad a los sujetos procesales para que soliciten las pruebas frente a la imputación fáctica y jurídica de la acusación, e igualmente ordene las que de oficio considere, todo ello acusando la pertinencia, conducencia y utilidad. En conclusión, con el decreto de práctica de pruebas por parte del Juez de Instancia, aprovechándose de la suspensión de la audiencia decretada para hacerlo, para fuera de tal diligencia, se ha incurrido en una irregularidad que socava con evidencia el proceso penal militar, y con ello el debido proceso constitucional, que constituye nulidad conforme al art. 388-2 de la Ley 522 de 1999, lo que dará lugar a la revocatoria del auto del 25 de mayo de 2015, desestimando los argumentos del distinguido agente del Ministerio Público ante esta instancia, que se pronunció sobre la necesidad de las pruebas decretadas por el Juzgado de instancia, sin tenerse en cuenta que se está en una etapa de juicio, específicamente en el trámite de una audiencia de corte marcial, instalada el 21 de mayo de 2015, en la que podrá evaluarse, se insiste, el decreto y práctica de pruebas". (Rad. 158253 del 3 de septiembre de 2015, M.P. CN (RA) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).



124. PROCEDIMIENTO ESPECIAL

Solicitud probatoria en juicio. Interrogatorio del procesado

"Efectivamente como lo afirma la apelante cuando el procesado se declara inocente se debe continuar con el trámite propio de la Corte Marcial, siendo la misma Ley 1058 de 2006 la que dispone la forma como se debe hacer el tránsito a la ritualidad ordinaria, como quiera que el momento procesal para la petición y decreto de pruebas previsto en el procedimiento ordinario o general de corte marcial, se halla previsto antes de la iniciación de la audiencia, conforme a las previsiones del artículo 563, inciso tercero del Código Penal Militar; por ello, el legislador dispuso que cuando el proceso se adelante por la ritualidad prevista en la Ley 1058 de 2006 y el procesado se declare inocente, la vista pública deba continuarse por la ritualidad general de corte marcial y para permitir ese tránsito de procedimiento, en la misma audiencia se fija la oportunidad para que los sujetos procesales soliciten las pruebas que crean conducentes y pertinentes, para que el Juez disponga la aceptación o rechazo de las mismas, decretando las que a su juicio fueren necesarias, conducentes, útiles y pertinentes, atendiendo de un lado la petición de los sujetos procesales y de otro, las que considere ordenar de oficio, preservando así, el principio de legalidad de las pruebas previsto en el artículo 394 del estatuto punitivo castrense.

No debe entenderse el interrogatorio al procesado en la audiencia de corte marcial, como un medio de prueba diferente a los previstos en el artículo 406 del



Código Penal Militar, en tanto que, ese interrogatorio corresponde a una ampliación de la indagatoria conforme a lo previsto en el artículo 498 *ibídem*, en la que el legislador, atendiendo el desarrollo de la corte marcial, trató de acercar esa ritualidad al juicio oral; en esa medida, de manera excepcional permite que los sujetos procesales interroguen al procesado, dado que conforme a lo rituado en el artículo 500 *óp. cit.*, solo el juez de instrucción puede interrogar al indagado. No debe olvidarse que la indagatoria tiene la connotación de medio de prueba, pero a su vez, como medio de defensa por excelencia.

Bajo ese entendido, necesariamente, para que se pueda interrogar al procesado en la audiencia de corte marcial, se deberá decretar la práctica del mismo, consecuente con lo dispuesto en el artículo 570, inciso segundo, del Código Penal Militar, atendiendo la solicitud de los sujetos procesales o de oficio cuando el Juez de Conocimiento lo considere necesario, útil, conducente y pertinente, orden que deberá disponer en el momento procesal previsto en la ley, el cual se practicará atendiendo el procedimiento fijado en el artículo 571 del Código Penal Militar.

En suma, el artículo 571 del Código Penal Militar, regula la forma como se debe realizar el interrogatorio y el orden en que pueden interrogar los sujetos procesales, tanto el procesado como a los testigos que concurran a la misma, solamente de las “pruebas conducente ordenadas”, según dispone el inciso segundo del artículo 570 *ibídem*.

Examinada la actuación posterior al periodo probatorio decretado en la audiencia de corte marcial, la sala observa que la señora Juez corrió traslado a los sujetos procesales para que solicitaran las pruebas que estimaran necesarias, todos renunciaron a términos y manifestaron expresamente que no tenían pruebas que pedir, la Juez tampoco decretó la práctica de ningún medio de prueba, seguido corre traslado por el término de una hora para que los sujetos procesales preparen los alegatos y todos renunciaron al término, por lo cual continuó con el trámite de la audiencia, concediéndole la palabra al Fiscal, terminada la intervención del Fiscal, le concede la palabra a la representante del Ministerio Público para que realice su intervención y es en ese momento, en el que la representante de la sociedad le reclama la ausencia del interrogatorio del procesado y la Juez le responde, que “dentro de la práctica de las pruebas esa es una, ustedes los sujetos procesales no la solicitaron y esta Presidencia en ese momento se la había autorizado”. (**Rad. 158046 del 28 de mayo de 2015, M.P. MY (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME. Segunda Sala de Decisión.**)



125. PROCESADO

No es obligatorio que se le interrogue en la audiencia de Corte Marcial. Su intervención en los alegatos de conclusión es rogada

“(…) ha de recordarse que el interrogatorio del procesado en la audiencia de corte marcial no se estableció como una diligencia obligatoria en el procedimiento

establecido en la Ley 1058 de 2006; en esa medida, como quiera que la versión del procesado tiene una doble connotación, esto es, como un medio de defensa y a su vez como medio de prueba, en el procedimiento especial establecido en los artículos 578 y 579 del antiguo Código Penal Militar, reformado por la Ley 1058 de 2006, si el procesado desea ser interrogado en la audiencia, deberá presentar tal solicitud en el momento en que el Juez abre a pruebas, conforme al inciso 10 del artículo 579 ibídem y ello no ocurrió en el caso bajo estudio,...". (...).

Salta de bulto que la intervención de los procesados en los alegatos de conclusión es rogada, vale decir, debe solicitarla el defensor o el propio procesado, no obstante, revisada el acta de la corte marcial se evidencia que durante la vista pública y una vez terminada la intervención de la defensa, no se solicitó a la presidencia que se le permitiera presentar sus alegatos y solo hasta cuando la señora Juez declara cerrada la audiencia y anuncia el sentido del fallo, el defensor y el procesado solicitan que se le permita su intervención, petición a la que la señora Juez accede, para lo cual reabre la audiencia, permite la intervención y posteriormente declara nuevamente cerrada la diligencia.

Si nos atenemos a lo previsto en la ley, diremos que no se presentó ninguna vulneración a las formas propias del juicio, garantía procesal que el recurrente estima vulnerada, en tanto que como se dijo la intervención del procesado para presentar alegatos es rogada y en el caso no se solicitó tal actuación, no obstante, la señora Juez en aplicación de un garantismo discutible, a pesar de que la solicitud de intervención se solicitó cuando ya había precluido el término para ello, accede a la petición y escucha al procesado, tal actuación no podríamos calificarla de vulneración del debido proceso por no haber observado las formas propias del juicio, pues lo que se observa es un exceso, un celo exagerado por garantizar los derechos del procesado que en nada perjudicaron al enjuiciado". **(Rad. 157352 del 26 de febrero de 2016, M.P. MY (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**



126. PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Diferencia con el delito de privación ilegal de la libertad. Prueba. Elementos subjetivos del dolo

"Mientras que la privación ilícita de la libertad se refiere a todos aquellos casos en que se violan las garantías constitucionales y legales al privar a una persona de la libertad sin los presupuestos de ley para ello, la prolongación ilícita de la privación de la libertad ocurre cuando a una persona se la ha privado legalmente de la libertad, pero la limitación del derecho se prolonga más allá de lo permitido constitucional y legalmente" (...).

"(...) el dolo es considerado por la jurisprudencia y la doctrina como la asociación de un conocer y un querer, que surge en la mente del sujeto. Bajo la descripción del



Código Penal el agente actúa dolosamente cuando sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización, esto significa que deben confluír dos elementos: conocimiento y voluntad. (...).

Tanto para la Juez de Instancia como para la no recurrente, el procesado no tuvo la intención de prolongar ilícitamente la privación de la libertad de J. A., no hubo arbitrariedad o malévolas intención de hacerlo, todo se suscitó en razón a que la captura se produjo un sábado y, por lo tanto, no fue factible comunicación alguna con el juzgado emisor de la orden de aprehensión, despacho que además de no laborar en fin de semana tenía su sede en la ciudad de Bogotá, bastante distante del municipio de Pradera-Valle. Que el Oficial GLFC realizó todos aquellos actos para corroborar la existencia de la orden de captura y que “con posterioridad a las 10:30 cuando el suboficial que lo condujo informó al señor oficial que no había podido aún verificar la situación del particular”¹⁶⁶ fue que clarificó la situación, de modo que si lo hubiera dejado en libertad sin realizar tal procedimiento y se confirmara que la persona sí era requerida, hoy en día lo estarían investigando por prevaricato por omisión. Con todo, consideran que el actuar del procesado lejos de ser intencional fue negligente, descuidado, lo que desdibujaría el tipo penal, eminentemente doloso, por el cual se investigó y juzgó al Oficial. (...)

Es cierto que *ad impossibilia nemo tenetur* –nadie está obligado a lo imposible–, regla acopiada por nuestro ordenamiento jurídico¹⁶⁷ y por la jurisprudencia constitucional¹⁶⁸; sin embargo, tal premisa no es aplicable en el presente caso. Y no se ajusta, porque ninguna norma constitucional o legal le imponían al entonces Teniente GLFC comunicarse con la autoridad judicial que había emitido la orden de captura como requisito *sine qua non* para dejarlo en libertad, máxime que, contrariamente, las normas aludidas en esta providencia, entre otras, dan cuenta de su obligación era dejarlo en libertad si trascurridas 36 horas no había sido factible obtener la boleta de encarcelamiento de la autoridad requirente. (...)

De esta manera, y en la medida que con su conducta el procesado contrarió el orden jurídico en cuanto vulneró, sin justa causa, el bien jurídico de la libertad individual, y no existe ninguna prueba que acredite que fue realizada al amparo de algún motivo de justificación, queda demostrada, tanto formal como materialmente, la antijuridicidad de la conducta del procesado.

La ignorancia de la ley no es excusa, con mayor razón ahora en la nueva concepción dogmática de la teoría del delito, y por ello mal podría deducirse que el Capitán GLFC desconocía la obligación constitucional y legal de dejar a una persona en libertad si pasadas las 36 horas no era factible dejarla a disposición de la autoridad que ordenó su captura. Tal como lo ha expresado la Corte Constitucional “es necesario exigir de cada uno de los miembros de la comunidad que se comporte como si conociera las leyes que tienen que ver con su conducta. La obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera,

166

167 Ley 153 de 1887, artículo 8º.

168 Corte Constitucional, sentencias C-337 de 1993, C-010 de 2003, T-031 de 2001.

al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita”¹⁶⁹.

Así pues, se considera que la investigación da claridad acerca de la capacidad que tenía el Capitán GLFC para comprender que su conducta era ilícita y determinarse con esa comprensión, por esa razón, en sus intervenciones ante el estrado judicial ha querido endilgar toda responsabilidad en los policías que conocieron del caso, intentando incluso hacer creer que recibió comunicación del juzgado emisor de la orden de captura indicando un error de digitación, aserto este último que, aún en el evento de aceptarse, no lo exime de responsabilidad como atrás se anotó. (...). (Rad. 158116 del 29 de mayo de 2015, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Tercera Sala de Decisión).



127. PROVIDENCIA JUDICIAL

Su ejecutoria implica la imposibilidad de modificar lo decidido en ella

“Olvida entonces la Defensa apelante que la ejecutoria de una providencia implica la imposibilidad de modificar lo decidido en ella, porque no se admiten recursos o se venció el término para interponerlos, y es de allí, de donde dimana la imperatividad, la coercibilidad y la obligatoriedad propias de las providencias ejecutoriadas, que, por regla general, obligan a los sujetos procesales y además están llamadas a cumplirse voluntaria o coactivamente, aun cuando no alcancen el calificativo jurídico de cosa juzgada, toda vez que su efecto jurídico es por excelencia la obligatoriedad o coercibilidad de la decisión judicial, de ahí que de ellas se predique su firmeza cuando esta queda ejecutoriada, es decir, que a partir de este momento la decisión dictada no puede ser modificada. (...)

Ahora bien, mal podría el operador jurídico tanto en la primera como en la segunda instancia consentir el desconocimiento de los términos procesales que exigen la imperatividad de los actos procesales, cuyo fin consiste en hacer realidad el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que no puede dejarse al arbitrio de los sujetos procesales el señalamiento de las oportunidades procesales para recurrir cuando estas han precluido, y más aún cuando con ello, se afronta la ejecutoria de providencias judiciales, so pena de conculcar garantías procesales tales como la del debido proceso, la igualdad de las partes, la economía procesal, la de preclusión y, en especial, la del principio de contradicción, y de contera lesionar el principio de la seguridad jurídica que debe enarbolar los pronunciamientos de la administración de justicia, situación que no puede permitirse ni tolerarse en interés del orden jurídico y de los sujetos que intervienen en un trámite judicial... (Rad. 158285 del 30 de noviembre de 2015, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE).

169 Corte Constitucional, Sentencia C- 651 del 3 de diciembre de 1997, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

128. PROVIDENCIA QUE ORDENA LA PRÁCTICA DE PRUEBA PERICIAL EN INSTRUCCIÓN

Es un auto de sustanciación notificable, pero no susceptible de recurso de apelación

“En ese orden de ideas, se dirá que el auto atacado que emitiera el Juzgado 125 de Instrucción Penal Militar el 29 de mayo de 2015 ordenando la práctica de una prueba pericial, es una decisión de impulso procesal, es decir, un auto de sustanciación y que dado su contenido ha de notificarse conforme a lo normado en la Ley 522 de 1999 artículo 340 numeral 2...

De otro lado, ese auto de sustanciación que por su contenido ha de ser notificado, solo es susceptible de ser atacado por vía del recurso de reposición mas no de apelación conforme lo señala artículo 356 de la Ley 522 de 1999...

Las anteriores precisiones de orden normativo llevan a la Sala de Decisión a interpretar que el legislador omitió de manera intencionada establecer el recurso de apelación para autos de sustanciación como el que aquí se ataca, ello, si se tiene en cuenta un análisis semántico como técnica del método exegético de interpretación.

Adicional a lo anterior podrá sugerirse que el legislador creó un sistema normativo en cuanto a la clasificación de las decisiones judiciales, respecto de cuales se han de notificar y cuáles no, y en el mismo sentido contra cuáles procede el recurso de apelación y contra cuáles no, sin que ello implique señalar afectación alguna a las garantías procesales de publicidad y contradicción que protege el debido proceso, afirmación que se hace acogiendo el método sistemático de interpretación por vía de la técnica de integración al precepto constitucional. (...)

Corolario de lo anterior, y de acuerdo con la interpretación normativa de la Ley 522 de 1999 por medio de la cual se adelanta el trámite procesal en esta causa, es viable afirmar que el auto de sustanciación del 29 de mayo de 2015 si bien es un auto de notificación dado el contenido de prueba pericial, no es por determinación legal un auto que admita el recurso de apelación”. (**Rad. 158258 del 15 de septiembre de 2015, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión**).



129. PRUEBA DE ALCOHOLEMIA

Procedimientos autorizados para establecer el estado de embriaguez

“(...) los procedimientos legalmente autorizados en nuestro país para establecer el estado embriaguez alcohólica de una persona son tres: (i) por alcoholemia directa, que se obtiene de la medición directa de la cantidad de etanol en la sangre,

por diversos métodos de laboratorio, y que se expresa en mg de etanol/100 ml gramos de sangre total, (ii) por alcoholemia indirecta, que se obtiene midiendo la cantidad de etanol en el aire aspirado, para lo cual se puede utilizar un equipo tipo alcohosensor que cuente con un dispositivo de registro, y (iii) por examen clínico, que evalúa el estado de la persona a través de la exploración visual, auditiva y manual, siguiendo las recomendaciones y estándares forenses fijados por el Instituto de Medicina Legal, siendo todos, desde el punto de vista de su pertinencia y eficacia probatoria, perfectamente válidos. (...)

Al efecto es de señalar que la prueba de alcohosensor está prevista en la legislación Nacional de Tránsito Terrestre por la Ley 769 de 2002 “Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones”, definiendo en su artículo 2º el “alcohosensor: Sistema para determinar alcohol en aire exhalado”, que se realiza por un método incruento o indirecto que permite establecer presencia de alcohol en la sangre, el mismo método al que pacíficamente accedió el señor PT. (r) JWEGC, que se llevó a cabo por un operario idóneo –señora CVRCH como Técnica Auxiliar de Enfermería con registro N° 520390 adscrito al Instituto Departamental de Salud Nariño–, y con el dispositivo portátil autorizado –de la Sociedad de Transportadores del Sur S. A.– ubicado en la terminal de transporte de la ciudad de Pasto (departamento de Nariño), aparato que analizó el aire proveniente de los pulmones del procesado y que está en intercambio directo con la sangre, estableciendo una correlación con la presencia de alcohol en la sangre. **(Rad. 158149 del 29 de mayo de 2015, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE).**



130. PRUEBA DE EMBRIAGUEZ

Práctica por funcionario diferente al del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

“Como se precisó arriba, la representante del Ministerio Público, en el escrito de apelación señaló que el examen fue “realizado por el médico de tránsito, quien no es propiamente un médico legista y al cual la señora Juez le da total valor probatorio”, argumentos con los cuales desconoce de tajo lo consagrado en la Resolución 00183 de 2005, emanada del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que pretende hacer valer, en tanto que la citada norma guía, señala, en el numeral 2.2, página 8, quiénes son los responsables de la práctica de los exámenes para determinar la embriaguez (...)

La Ley 522 de 1999, en el artículo 415, prevé que “el servicio de peritos, se prestará por los expertos de la Policía Judicial de la Policía Nacional, del cuerpo técnico de la Policía Judicial, Medicina legal y demás funcionarios de la Administración Pública que no tengan interés en el proceso”, concordante con esta disposición el nuevo Código Penal Militar –Ley 1047 de 2010, artículo 547– determina que “El servicio de peritos se prestará por los expertos de la policía



judicial, del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entidades públicas o privadas, y particulares especializados en la materia de que se trate”.

De la valoración de los medios de prueba allegados al proceso, se infiere que el médico que practicó el examen médico, dr. JMVR es un profesional de la salud egresado de la UNISINÚ, que labora en el hospital del municipio de Puerto Asís y que fue en ese centro hospitalario donde se practicó el examen al PT. RBJA, como lo refiere el procesado en la indagatoria “solo recuerdo que me desperté estaba dentro de la panel cuando miré estaba en el hospital”, afirmación convergente con lo expresado por los policiales TE. WEMC, SI. OLLO, PT. EJBA y PT. CAMA, quienes refieren que trasladaron al procesado al hospital para que se le practicara el examen de embriaguez.

Siendo así, evidentemente el médico que practicó el examen era un profesional que tenía la capacidad y la idoneidad para realizar esa pericia y el hecho de haberse consignado en un formulario de la Secretaría de Tránsito, no invalida el informe pericial, pues el profesional de la salud era jurídicamente facultado para practicar esa pericia, en esa medida los argumentos no tienen sustento probatorio, por tanto, las pretensiones no tienen vocación para prosperar”. (Rad. 158046 del 28 de mayo de 2015, M.P. MY (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión)



131. REBAJA DE PENA POR ACEPTACIÓN DE CARGOS - LEY 1058 DE 2006

El descuento es de una sexta parte y no de la mitad en virtud del momento procesal en que se presenta

“Como puede verse, la aceptación de cargos está prevista únicamente para el procedimiento especial y exclusivamente dentro de la oportunidad señalada al inicio de la correspondiente audiencia de Corte Marcial, correspondiendo un descuento único y fijo de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados. Situación que difiere ostensiblemente de la regulación que al respecto trae la Ley 1407 de 2010, en la que dependiendo de la etapa en que se realicen los acuerdos, se conceden descuentos punitivos diferentes.

Y precisamente, como el caso bajo estudio ha estado ceñido al procedimiento de la Ley 1058 de 2006, es con esta normatividad que se debe fijar el descuento a que tiene derecho el acusado por haber aceptado cargos. De esta forma, en la providencia objeto de debate, el a quo se ceñió a los parámetros de dosificación punitiva de los artículos 60 y 61 de la Ley 1407 de 2010, por lo que tomando los límites punitivos previstos en el artículo 108 ibídem, esto es entre uno (1) y tres (3) años de prisión para el delito imputado, tomó la pena mínima correspondiente a doce (12) meses y a partir de esta descontó 1/6 parte por aceptación de cargos, fijando la pena en definitiva en diez (10) meses de prisión.

Decisión que para la Sala resulta legal y acertada, no siendo posible la aplicación del artículo 493 de la Ley 1407 para conceder una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible por aceptación de cargos, según la pretensión demandada por la defensa, teniendo en cuenta que en el procedimiento de la Ley 1058 de 2006, la aceptación de cargos se produce una vez instalada la audiencia de Corte Marcial, como claramente así lo expresa el reformado artículo 579, inciso 6 de la Ley 522 de 1999, (...)

Por lo tanto, una nueva interpretación conforme al pensamiento unificado del Tribunal Superior Militar a este respecto, determina el convencimiento que, de todas maneras, en uno u otro caso, el descuento será de una sexta parte de la pena. (...)

Conforme a lo anterior, la posición unánime del Tribunal Superior Militar se fundamenta en la imposibilidad de reconocer la aplicación de la rebaja punitiva prevista en el artículo 493 de la Ley 1407 de 2010, y no al contrario como lo dio a entender el Ministerio Público en su concepto. Posición que ciertamente fue revaluada, pues en un principio algunas decisiones accedieron al descuento de la mitad de la pena, siendo una de ellas la citada por el apelante; sin embargo, este respetable criterio ha sido transformado por esta Corporación, quien ha unificado de manera armónica y homogénea dicha postura al interior de las Salas de decisión para reconocer en este tipo de casos una rebaja de la sexta parte de la pena y no de la mitad.

Por demás, fulgura el desconocimiento que tiene el apelante de los pronunciamientos posteriores a la reseñada jurisprudencia que citó en su escrito, advirtiéndose que se ha fortalecido un único pensamiento acerca de la inaplicabilidad de la mentada disposición". (Rad. 157995 del 26 de marzo de 2015, M.P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



132. RECURSO DE APELACIÓN

No es un juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo resuelto

“En efecto, comencemos por recordar que el recurso de apelación, a más de ser realidad viva del derecho a acceder a la segunda instancia, es ni más ni menos que un instrumento procesal a través del cual el superior funcional jurisdiccional ejerce un control de juridicidad y acierto respecto de las decisiones que han emitido sus inferiores funcionales, y por tanto no puede ser concebido como un mecanismo por medio del cual se intenta lograr un nuevo juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo que el a quo ya ha resuelto, así lo ha enseñado la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, veamos (...)

Vistas así las cosas es nítido que si el recurso de apelación se entiende también como un mecanismo de control y acierto de las decisiones de los inferiores, es por tanto carga procesal ineludible de quien acude al recurso vertical, explicitar de manera concreta, en la sustentación, los motivos por los cuales no comparte los hechos o el derecho, o aún, las valoraciones probatorias, que hizo el juez de la primera instancia, para que sea entonces el superior funcional de quien profirió la decisión



censurada quien, sobre ese límite de valoración y análisis, entre a resolver lo que en derecho sea del caso, bien, revocando la decisión, modificándola o confirmándola, según corresponda. **(Rad. 158033 del 30 de noviembre de 2015, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**



133. DEBER DE MOTIVAR LOS RECURSOS

Carga argumentativa del impugnante

“De manera breve diremos entonces que el fin y la función del proceso penal se dimensionan a partir del modelo de Estado, y el fin en un Estado Social de Derecho tiende a llevar al funcionario judicial a obtener la verdad histórica, protegiendo a su vez los derechos fundamentales del individuo y buscando el restablecimiento del derecho bajo el marco del principio de la legalidad.

De manera pues que el proceso penal tendría como función la realización del derecho sustancial traducido en responder por los derechos de las víctimas, satisfacer a la sociedad y determinar la responsabilidad penal del individuo. (...)

Ahora bien en esa ritualidad metodológica del agotamiento de pasos y etapas desarrolladas dentro del equilibrio que ha de existir entre los derechos fundamentales del procesado y la vigencia del derecho sustancial, se habrá de detener la Sala de Decisión en la garantía y derecho con que cuentan los sujetos procesales de impugnar las decisiones judiciales... (...)

Ahora bien, recapitulando, se ha de recordar que el debido proceso genera la garantía a los sujetos procesales del derecho de impugnación en contra de las decisiones judiciales, una expresión de tal garantía es el recurso de apelación, ha de señalarse entonces que este, conforme a lo dispuesto en el artículo 359 y subsiguientes de la Ley Penal Militar, debe cumplir con los requisitos de oportunidad en la interposición del mismo y con una sustentación debidamente motivada, lo que se ha de entender como la exhibición de los argumentos con los cuales se opone a la decisión judicial que ataca, los citados argumentos deben recoger el contenido fáctico y jurídico de su inconformidad.

Lo anterior implica señalar entonces que se ha de escoger la providencia con la que no se está de acuerdo, resaltar de esta los puntos de hecho o de derecho que en criterio del apelante no son conformes al ordenamiento jurídico y correlativamente con ello, ha de presentar sus propios argumentos de hecho y de derecho en los cuales fundamenta la pretensión de modificar o revocar la decisión judicial que se ataca”. **(Rad. 158106 del 31 de julio de 2015, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

134. RECUSACIÓN

La opinión o el consejo deben haberse emitido extraprocesalmente

“De otro lado, no es viable aceptar la recusación porque la causal invocada es la de haber dado consejo o manifestado opinión sobre el asunto materia del proceso, tema suficientemente decantado por la Corte Suprema de Justicia en el que se precisa que la referida opinión ha de ser por fuera del proceso, pero el argumento que achaca el recusante como impeditivo, se encuadra en un pronunciamiento hecho al interior de la causa en una decisión de trámite que evidentemente está ligada al proceso.

De otro lado esa opinión extra procesal para que genere impedimento en la persona que posteriormente ha de conocer el asunto, ha de ser una opinión que contenga una entidad tal que permita predicar que el juzgador no actuará con libertad, en este sentido la trascendencia de la intervención anterior por parte del funcionario judicial que hoy se recusa ha de comprometer de manera objetiva su criterio...” (Rad. 156508, 16 de julio de 2015, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).



135. REDENCIÓN DE PENA

Presupuestos normativos y jurisprudenciales para su otorgamiento

“Sea lo primero aclararle al ilustre togado recurrente de la Defensa, que con relación al reconocimiento de Redención de Pena por Trabajo, Estudio y Enseñanza para los días domingos y festivos, la Ley 65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario– dispuso en el artículo 100 lo siguiente:

“Artículo 100. Tiempo para redención de pena. *El trabajo, estudio o la enseñanza no se llevará a cabo los días domingos y festivos. En casos especiales, debidamente autorizados por el director del establecimiento con la debida justificación, las horas trabajadas, estudiadas o enseñadas, durante tales días, se computarán como ordinarias. Los domingos y días festivos en que no haya habido actividad de estudio, trabajo o enseñanza, no se tendrán en cuenta para la redención de la pena”.* (Subrayas y negrillas de la Sala de Decisión).

Al efecto, tenemos que la disputa que se plantea en el recurso ha sido suficientemente resuelta por la honorable Corte Constitucional que en precedente jurisprudencia clarifica:

“Trabajo carcelario-Jornada laboral

Con ocasión del trabajo penitenciario, los internos tienen derecho y deberán descansar un día de cada semana, para lo cual el director del establecimiento de



reclusión organizará turnos. El trabajo penitenciario no puede superar las ocho horas diarias, no solo porque las normas sobre las especiales condiciones laborales de las personas privadas de la libertad así lo estipulan, sino también porque para efectos de la redención de pena la autoridad judicial competente no puede computar más de ocho horas diarias de trabajo.

Trabajo carcelario-Improcedencia de tutela por cuanto al actor le fue garantizado su descanso los días dominicales y su jornada laboral que incluía días festivos fue debidamente autorizada por el director del establecimiento (...)

Por otro lado, en relación con la jornada laboral para las personas privadas de la libertad, la Resolución 3190 de 2013 consagra que, con ocasión del trabajo penitenciario, los internos tienen derecho y deberán descansar un día de cada semana, para lo cual el director del establecimiento de reclusión organizará turnos¹⁷⁰.

En este contexto, la legislación establece que el trabajo penitenciario no se llevará a cabo los días domingos y festivos, sin embargo, en casos especiales debidamente autorizados y justificados por el director del establecimiento, las horas que se lleguen a trabajar tales días se computan como ordinarias¹⁷¹. En consecuencia, conforme lo ha sostenido la Corte, “debe reconocerse el trabajo realizado por el interno en días dominicales y festivos, pero siempre y cuando la labor no exceda de ocho (8) horas diarias y sea autorizada por la autoridad competente y certificada por el director de la cárcel para efectos de la redención de la pena”¹⁷². (...)

Por otra parte, la Sala advierte que el trabajo penitenciario no puede superar las ocho horas diarias, no solo porque las normas sobre las especiales condiciones laborales de las personas privadas de la libertad así lo estipulan, sino también porque para efectos de la redención de pena la autoridad judicial competente no puede computar más de ocho horas diarias de trabajo... (...).

En consecuencia, la labor que realice un recluso por fuera de las condiciones legales y la jornada laboral atrás reseñada carece de reconocimiento y, en ese sentido, deviene en una afectación a las garantías del interno y en una violación al reglamento del trabajo penitenciario, más aún cuando está proscrita cualquier forma de explotación de las personas privadas de la libertad¹⁷³ y, en general, el trabajo penitenciario forzado. (...)

170 Resolución 3190 de 2013, artículo 24. “Para efectos de certificación, el tiempo registrado no podrá exceder de seis (6) días a la semana cualquiera que sea la actividad del interno, obedeciendo al derecho fundamental a la igualdad y propendiendo por una adecuada salud ocupacional. // Las personas privadas de la libertad tienen derecho y deberán descansar un día de cada semana, para lo cual el Director del Establecimiento de Reclusión, organizará turnos con este fin”.

171 Ley 65 de 1993, artículo 100. “Tiempo para redención de pena. El trabajo, estudio o la enseñanza no se llevará a cabo los días domingos y festivos. En casos especiales, debidamente autorizados por el director del establecimiento con la debida justificación, las horas trabajadas, estudiadas o enseñadas, durante tales días, se computarán como ordinarias. Los domingos y días festivos en que no haya habido actividad de estudio, trabajo o enseñanza, no se tendrán en cuenta para la redención de la pena”.

172 Sentencia T-121 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Sin embargo, en dicha providencia se señaló “a las autoridades penitenciarias, la conveniencia de evitar al máximo el trabajo de los reclusos durante los días domingos y festivos, días estos que, como es natural, deben destinarse de preferencia al descanso y la sana recreación, así como a atender la visita de sus familiares, conforme a lo dispuesto en la reglamentación carcelaria. Las autoridades penitenciarias deben jugar en este contexto papel fundamental, toda vez que no solo deben propiciar la ocupación de los internos en labores económicamente productivas, que conduzcan a su rehabilitación y, como en el caso que nos ocupa, a obtener rebaja en su pena, sino también y de modo particular, la protección de su bienestar e integridad físicos, morales y mentales”.

173 Decreto 1758 de 2015, artículo 2.2.1.10.1.5. “Prohibición del trabajo forzado. Se prohíbe el trabajo forzado en todas sus

Como sabiamente lo aquilató la honorable Corte Constitucional, el trabajo en los centros carcelarios, tiene una finalidad diferente a la que se persigue cuando se está disfrutando del derecho de la libertad personal, porque lo que esencialmente se persigue es la resocialización del condenado para habilitarlo a que pueda convivir en un medio de libertad una vez cumpla la pena que le ha sido impuesta, e igualmente para que pueda disminuir el tiempo de la condena.

De ahí que el legislador ha adoptado por una fórmula que se estima válida, razonable y proporcionada a dicha finalidad, como es la de considerar que solo el trabajo efectivamente realizado conduce a la redención de la pena, pues la situación jurídica y material del trabajo de los condenados es muy distinta a la que se cumple estando en libertad; ello, guardando armonía con lo dispuesto por el artículo 82 de la Ley 65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario–, que impone un parámetro de cómputo de ocho (8) horas diarias de trabajo para efectos de la Redención de Pena por Trabajo: (...)

Con todo lo dicho anteriormente, en el presente caso, resulta imperioso dar aplicación al artículo 81 de la Ley 65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario–, esto es, se hace indispensable requerir la evaluación del trabajo realizado por el detenido para la época y hoy condenado, para efectos de certificar de manera fehaciente las jornadas de trabajo de acuerdo con los reglamentos y el sistema de control de asistencia y rendimiento de labores, que se establecieron para ese entonces, con apoyo de la Junta que fungió como tal para ese espacio de tiempo, como bien lo establece la norma: (...)

También ha de advertirse que la Ley 65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario– impone presupuestos para el reconocimiento de la Redención de Pena por Estudio y la Redención de Pena por Enseñanza, conforme a lo dispuesto por sus artículos 97 y 98, que imponen: (...)

Lo anterior significa que la Ley 65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario– no solo impone un límite de horas a las que se les acredita la redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza, sino que además establece que en cada caso, esto es, para el trabajo ocho (8) horas, para el estudio seis (6) horas y para la enseñanza cuatro (4) horas, se tendrán como el cómputo máximo diario, de donde huelga afirmar que tan particular condición hace improcedente su acumulación en sus máximos.

Además ha de señalarse, que la que la Ley 65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario– para la redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza, impuso algunas condiciones especiales para su otorgamiento, tales como para la evaluación del trabajo la certificación expedida por el director del Centro de Reclusión en la que se certifiquen las jornadas de trabajo de acuerdo con los reglamentos y el sistema de control de asistencia y rendimiento de labores, que se establezcan al respecto; y para la redención de pena por enseñanza, el acreditar las calidades necesarias de instructor o de educador, conforme al reglamento; todo lo cual brilla

modalidades. Las personas privadas de la libertad deberán ejecutar sus actividades laborales en condiciones dignas. Está proscrita cualquier forma de explotación de las personas privadas de la libertad”.



por su ausencia en el caso subexamine. (Rad. 157544 del 29 de julio de 2016, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE).



136. RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

Nulidad en etapa de juicio. Principio de congruencia

“Salta de bulto que la razón por la cual el Juez Primario considera que debe decretar la nulidad de la resolución de acusación, es por un vicio de estructura que vulnera el principio de legalidad y no permite dictar una sentencia conforme al principio de congruencia que debe existir entre la resolución de acusación y la sentencia que permita hacer justicia material, pues no cuenta con un referente fáctico ajustado a la realidad procesal y una imputación jurídica acorde al mismo, dado que el supuesto fáctico y la imputación jurídica previstas en la resolución de acusación se muestran abiertamente desfasados con la nueva realidad procesal, sin que exista dentro de la ley punitiva castrense otro medio procesal para remediar esa irregularidad, por tanto la medida extrema era la única solución, argumentos jurídicos que esta Sala de Decisión comparte.

Efectivamente como lo refiere el Juez a quo, la sistemática punitiva castrense no previó una fórmula que permita variar la calificación jurídica en la etapa de juicio, como sí se prevé en la Ley 600 de 2000, para algunos casos, en esa medida la única forma de recomponer la investigación conforme al principio de legalidad y propiciar las condiciones fáctico-jurídicas para hacer efectivo el principio de congruencia, de tal manera que la sentencia cumpla con el fin de hacer justicia material, lo es, decretando la nulidad de la resolución de acusación para que se profiera un nuevo llamado a juicio acorde con lo probado dentro del proceso, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia proferida el 21 de mayo de 2009, dentro del radicado 26050, con ponencia del dr. Julio Enrique Socha Salamanca, por un caso muy similar al que hoy es objeto de estudio, citada por el a quo en el interlocutorio impugnado, de la cual resalta apartes, razón suficiente para no realizar una nueva transcripción, hermenéutica que sigue vigente, como lo ha reiterado esa Alta Corporación en reciente jurisprudencia. (...)

“En suma, cuando la resolución de acusación está fundada en un referente fáctico que no corresponde a lo demostrado probatoriamente en este momento procesal, desfasado de la imputación jurídica que legalmente le corresponde, por lo tanto, alberga un vicio de estructura por vulneración del principio de legalidad que no permite dictar una sentencia que haga efectiva la justicia material, sin soslayar el principio de congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia, en esa medida el único remedio para enderezar la investigación es la nulidad de ese acto procesal, conforme al principio de trascendencia previsto en el artículo 392.5 de la Ley 522 de 1999, dado que no existe otro medio jurídico que permita subsanar dicha irregularidad”. (...)

“Efectivamente ese supuesto fáctico y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, se halla acorde a lo expresado por los citados testigos y es precisamente de las circunstancias reveladas por estos, de donde se infiere la voluntad del procesado, no solo para cargar el arma, sino para apuntar y disparar a su compañero, vale decir, describen una conducta dolosa, no culposa como erróneamente concluyó la señora Fiscal.

La sala considera prudente recordar que el dolo debe entenderse como una modalidad de la conducta punible, figura propia de la dogmática del delito que hace parte de la conducta humana penalmente concebida, ejecutada con conocimiento de los elementos propios de la infracción penal (elemento cognoscitivo) y voluntad dirigida a su realización (elemento volitivo); en esa medida, se hace necesario diferenciar las maneras o formas como se exterioriza la voluntad dirigida a la consumación de la conducta, lo que origina la división del dolo en tres clases, directo de primer grado, directo de segundo grado y eventual, de acuerdo con la clasificación que hace la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia en general.

Recuérdese que el dolo directo de primer grado, intencional o inmediato, se presenta cuando el agente cuenta con la intención, el querer, el deseo de la realización del hecho y hacia ese objetivo dirige su voluntad, en tanto que, en el dolo directo de segundo grado, indirecto o mediato, se presenta cuando el actor en la comisión del hecho, al ejecutar la acción asume las consecuencias concomitantes de los efectos de su conducta como necesarias para la consecución del fin querido y por su parte, y finalmente, el dolo eventual se presenta cuando el agente, a pesar de prever como posible la materialización de la conducta punible, continúa con la acción y deja el resultado al azar.

Bajo ese entendido, de haberse considerado que el comportamiento imputado al procesado no era doloso porque su intención no era causarle las lesiones a su compañero, hipótesis planteada en el acto procesal de acusación sin expresar las razones fácticas y jurídicas en las que respalda su propuesta, tesis que se infiere en principio se refiere al dolo directo o de primer grado, dadas las circunstancias en que se presentó el hecho, en gracia de discusión debió haberse examinado esa conducta bajo el dolo eventual, pues, debe recordarse que como lo preceptúa la parte final del artículo 24 de la Ley 1407 de 2010, la conducta es dolosa “cuando ella ha sido prevista como probable y la producción del resultado se deja librada al azar”, disposición consagrada en forma idéntica en el artículo 22 de la Ley 599 de 2000 y de forma muy similar en el artículo 41 de la Ley 522 de 1999.

Recuérdese que, conforme a lo evidenciado en el expediente, como lo refiere la misma Fiscalía en la resolución de acusación el SLR. MDOA realiza el hecho “estando en pleno uso de sus facultades físicas y mentales”, circunstancia que también revela el investigado en la diligencia de indagatoria, “estaba en mis cinco sentidos”¹⁷⁴, vale decir, en ese momento tenía consciencia de lo que hacía, amén de ello, por tratarse de un militar en el grado de soldado regular con entrenamiento sobre el dominio de las armas y en el caso sub júdice sobre el manejo de las armas largas como lo era el fusil



que había recibido de dotación oficial, conocía los efectos que produce en las personas en caso de ser disparada, en esa medida, era consecuente con la posibilidad de causar daños o lesiones a cualesquiera de sus compañeros que se encontraban junto a él en ese momento, como efectivamente ocurrió”. (Rad. 158088 del 22 de julio de 2015, M.P. MY (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME. Segunda Sala de Decisión



137. RESOLUCIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA

Imputación fáctica es requisito esencial, por lo tanto, debe ser detallada, clara, precisa y circunstanciada, respetando su núcleo central

“Se destacó lo anterior, porque refulge evidente una incongruencia entre la imputación jurídica hecha en la indagatoria y la que se hizo en la pieza procesal con la que se resolvió la situación provisional al inculcado, de intrascendencia jurídica en nuestro esquema procesal y conforme al panorama que el expediente aquí refleja, dado que si entendemos que el objeto del proceso son los hechos vistos desde la transformación que estos tienen en el mundo fenomenológico, lo relevante es la delimitación detallada, clara, precisa y circunstanciada de los mismos, pues sobre ellos se desplegará el ejercicio defensivo; es decir, la preservación del núcleo central de la imputación fáctica, pues aquella, la imputación jurídica, en dicho acto procesal, es meramente provisional y no ata a la calificación que más adelante se pueda presentar, dado que por razón de la naturaleza escalonada del proceso penal, ella puede variar. (Rad. 158351 del 20 de mayo de 2016, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



138. SOLICITUDES - APORTES PROBATORIOS LEY 522 DE 1999

Opera desde el momento en que se tiene conocimiento del ejercicio de la acción penal, sin que ello sea forzoso para el procesado

“La solicitud de pruebas, opera desde el mismo instante en que se tiene conocimiento del ejercicio de la acción penal que se le adelanta al indagado o investigado, a contrario sensu de lo que ocurre en otros sistemas de persecución penal; en otras palabras, en este sistema a la defensa le asiste el deber jurídico de actuar de manera diligente en el proceso para que dentro del recaudo probatorio se alleguen las pruebas que benefician al procesado, y para ello, no es forzoso que se aporten las mismas, basta la sola solicitud para que el funcionario a cargo del expediente, examine la conducencia, pertinencia, utilidad y procedencia de los medios de prueba peticionados, debiendo pronunciarse en derecho sobre el pedimento que se incoe, además que la disposición que resuelva la petición, está sujeta a los recursos de controversia según la etapa procesal en la que se encuentre”. (...)

“...porque como bien se ilustró, para el procesado no es forzoso el aporte de pruebas, pues nuestro Sistema Penal Militar actual concede la posibilidad en las diferentes etapas del proceso de presentarlas para que se aduzcan como pruebas¹⁷⁵, o de solicitar las mismas, quedando dicha actuación al libre ejercicio del cargo del Defensor, teniendo en cuenta que su silencio también puede ser considerado como parte de la misma estrategia de la Defensa Técnica; por lo tanto, no es de recibo el argumento de la Defensa cuando afirma que hay Inequidad Probatoria...” (Rad. 158358 del 31 de marzo de 2016, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE).



139. TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS MILITARES

El incremento no genera violación al principio de igualdad por tratarse de servidores públicos

(...) Bajo la égida de la norma especial arriba trascrita, la acción penal frente al delito de Abandono de Puesto contenido en el artículo 124 de la Ley 522 de 1999, cuya pena máxima corresponde a tres años de arresto, prescribe si pasados cinco años desde la ocurrencia de los hechos no se hubiere proferido resolución de acusación o aun cuando proferida la misma no hubiere alcanzado material ejecutoria, conforme lo normado en los artículos 85 y 86 del Código Penal Militar de 1999.

Así las cosas, razón le asistiría en principio a las recurrentes, en tanto la ejecutoria de la resolución de acusación se dio pasados más de cinco años de la ocurrencia de los hechos en el caso particular. Sin embargo, por vía jurisprudencial y atendiendo el principio de igualdad, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que tratándose de los delitos identificados como típicamente militares, también debe aplicarse el incremento del término prescriptivo señalado para los servidores públicos por el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, que fuera modificado por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011¹⁷⁶.

Posición jurisprudencial que el órgano de cierre en materia penal ha sostenido en reiterados pronunciamientos, entre otros, en los radicados bajo los números 20719, 28830, 32201, 34153 y 44829, constituyéndose en doctrina probable¹⁷⁷ aplicable para casos análogos en la jurisdicción foral, conforme lo estableciera la Corte Constitucional mediante sentencia C-836 de 2001...”.

175 Ley 522 de 1999 –Código Penal Militar–. Artículo 304. Presentación de pruebas.

176 El artículo 14 de la Ley 1474 de 2011 estableció que “al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad...”, norma que por no encontrarse vigente al momento de los hechos no resulta aplicable al caso sub júdice.

177 El artículo 4 de la Ley 169 de 1896, que subrogó el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, establece: “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 de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.



Así las cosas, contrario a lo establecido por las respetadas impugnantes, no es cierto que exista un único pronunciamiento en que el órgano de cierre de la jurisdicción penal haya precisado dicho aspecto, sino que como acertadamente lo establece el Procurador delegado ante la segunda instancia, el tema ha sido decantado por la Corte Suprema de Justicia y constituye una línea jurisprudencial pacífica y reiterada que regula la materia. Bajo este entendido, la Sala no encuentra viable apartarse de la postura adoptada por Sala Penal del órgano de cierre de esta jurisdicción, como lo reclama la apelante y secunda la agente del Ministerio Público ante la primera instancia, en tanto no ha ocurrido un cambio social posterior que determine una modificación a la decisión judicial que se adapte a dicho cambio; la Corte Suprema no ha resuelto que su jurisprudencia resulta errónea porque contraría “valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico”; y por último, pese a la expedición del Código Penal Militar de 2010, las normas que regulan el término de prescripción de la acción penal no sufrieron modificación relevante alguna en ese sentido.

En virtud de lo anterior, considera el colegiado que en el caso sub exámine resultaba acertado dar aplicación al aumento del término prescriptivo de la acción penal establecido al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ellas establecido por el Código Penal, conforme lo señalará de manera reiterativa la Corte Suprema de Justicia.

Amén de ello, no resulta acertado señalar que por tratarse de delitos de función no sea procedente el incremento del término prescriptivo de la acción penal como lo sostienen las apelantes, menos aún que dicho aumento resulte violatorio del principio de igualdad, puesto que como lo ha sostenido el órgano de cierre de la jurisdicción penal en pronunciamiento del año anterior, dicha situación de forma alguna desconoce la particularidad de los delitos militares o afecta derecho alguno. (...)

Conforme lo arriba planteado, claro resulta entonces que no es posible aceptar que la acción penal se encuentre prescrita en el sub júdice. Ello en cuanto el delito atribuido corresponde al abandono del puesto, cuya sanción máxima normativa corresponde a tres (3) años de arresto, conforme al artículo 124 de la Ley 522 de 1999¹⁷⁸, lo que determina, en acatamiento al artículo 83 ibídem, que el término prescriptivo para el citado punible nunca podrá ser inferior a cinco (5) años. Sin embargo, se itera, como el encausado ostentaba la condición de servidor público, en virtud de lo señalado en el artículo 20 del Código Penal, se hace necesario realizar el incremento de una tercera parte del lapso prescriptivo, conforme el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, lo que conduce al aumento de dicho período en veinte (20) meses más para el caso particular.

Ello permite constatar que al momento de producirse la ejecutoria de la resolución de acusación el pasado 10 de agosto de 2015, no había trascurrido más de seis años y ocho meses desde producida la conducta objeto de reproche, esto es desde el 23 de junio de 2010, por lo que no operó el fenómeno prescriptivo de la

178 Norma sustantiva aplicable en virtud de la fecha de ocurrencia de los hechos.

acción penal que reclaman las apelantes”. (Rad. 158393 28 de julio de 2016 M.P. TC WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tercera Sala de Decisión).



140. TÉRMINOS JUDICIALES

Por día debe entenderse las horas hábiles de la jornada laboral

(...) Los términos judiciales han sido definidos por la doctrina como los espacios de tiempo señalados por los Códigos de Procedimiento o sujeto a la decisión del juez, cuyo fin consiste en hacer realidad el derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, la realización de los distintos actos procesales en interés del orden jurídico y de los sujetos que intervienen en un trámite judicial¹⁷⁹, en este sentido, tienen aplicación en desarrollo del principio al debido proceso, contradicción, igualdad procesal, seguridad jurídica y economía procesal.

Los términos fijados por ministerio de la ley adjetiva son perentorios y preclusivos, primero en cuanto limitan el tiempo en que los sujetos procesales pueden realizar los distintos actos requeridos para llevar a cabo la consecutividad del proceso, y segundo, porque entendido el proceso como el conjunto de actos concatenados para la producción de una sentencia, deben establecerse límites de tipo temporal para realizar cada una de las etapas que conducen a dicha finalidad.

El vencimiento de un término procesal sin que la parte correspondiente actúe, determina que el trámite prosiga su curso, siendo necesario al sujeto procesal asumir las consecuencias adversas que su inactividad produzca. (...)

El artículo 348 del Código Penal Militar de 1999, establece que: *“los términos procesales serán de horas, días, meses y años”*. Siempre que el cálculo sea en días, generalmente corren en días hábiles, salvo que la norma expresamente señale que se trata de días calendario, así se desprende del contenido normativo del artículo 351 de la Ley 522 de 1999, según el cual: *“Los términos se suspenderán, salvo disposición en contrario: 1. Durante las vacaciones colectivas. 2. Durante los días sábados, domingos, festivos y de Semana Santa, y 3. Cuando no haya despacho al público por fuerza mayor o caso fortuito”*.

Dentro del esquema procesal establecido por el Código Penal Militar de 1999, por día debe entenderse las horas hábiles de la jornada, es decir, el periodo en que el despacho se encuentre abierto al público y no las veinticuatro horas que componen un día. Asumir que en materia penal y para efectos de sustentación de los recursos el término procesal de un día hace relación a esas veinticuatro horas, determinaría que los despachos de la jurisdicción penal militar no cerraran su atención al público en ningún momento, situación que resultaría desproporcional e irrazonable, sin hablar de las dificultades logísticas que semejante escenario acarrearía. El período de atención al público es por tanto el espacio de tiempo dentro del

179 Corte Constitucional. Sentencia T-1165 del 04 de diciembre de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



cual los sujetos procesales deben presentar sus solicitudes, recursos, peticiones, y realizar cualquier actuación en procura de cumplir con la función encomendada. (...).

Pronunciamientos que determinan con meridiana claridad que cuando el término procesal otorgado a las partes por la ley se estipula en días, la actuación debe desarrollarse durante las horas hábiles del referido período destinadas al funcionamiento de los despachos y a la atención al público. Plazo que no puede ser restringido o prorrogado por el funcionario judicial a su arbitrio, en virtud del carácter de “orden público” que registran las disposiciones procesales. (...)

El ejercicio de la actividad procesal a que tienen derecho los sujetos procesales debe ser desarrollado dentro del horario en que el despacho judicial se encuentre abierto al público. Período que no se fija de forma unilateral y particular por parte del funcionario correspondiente, sino que obedece a lo normado reglamentariamente por parte del órgano competente para el efecto: el Consejo Superior de la Judicatura hoy Consejo de Gobierno Judicial en la jurisdicción ordinaria¹⁸⁰, y la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar al interior de la jurisdicción castrense.

El hecho de que los funcionarios judiciales laboren por fuera del horario de atención al público del despacho, de forma alguna amplía dicho período, en cuanto es habitual que por el cúmulo de trabajo que registran algunos juzgados de instrucción se adelanten tareas en horas o días no hábiles, situación que de ninguna manera determina la prórroga del horario establecido en la medida que la fijación de las mismas es competencia de un órgano distinto. También es importante recordar que durante la etapa investigativa todas las horas y días son hábiles para practicar diligencias por parte del funcionario instructor, conforme lo señala el artículo 312 del Código Penal Militar, sin que ello implique nulidad alguna como lo hace ver la Fiscal Militar.

El horario establecido para la atención al público en los despachos de la Jurisdicción Penal Militar es el instituido por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar en desarrollo de las competencias otorgadas legalmente¹⁸¹. La Resolución 00000014 expedida el 22 de enero de 2008 por parte la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, a la que hacen alusión tanto el Juez de Instrucción como la Fiscal Militar, fijó el horario de atención al público en los despachos de la jurisdicción especializada de lunes a viernes entre las 08:00 a las 17:00 horas” (**Rad. 158316, del 17 de diciembre de 2015, M.P. TC WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tercera Sala de Decisión**).



141. TESTIMONIO

Su concordancia con otro(s) se predica de los aspectos sustanciales

“De ahí radica la importancia de la actividad probatoria en el proceso, la cual concurre con la racionalidad del Juez, y como en el caso sub examine fundada en

¹⁸⁰ Acto Legislativo 02 de 2015.

¹⁸¹ Decreto 1512 de 2000.

la coherencia, convergencia, congruencia, afinidad, concordancia y coincidencia de los testimonios que se predica en los aspectos sustanciales de los hechos investigados, los cuales conforman el núcleo de la imputación fáctica, y que como lo enseñan las reglas de la experiencia y los postulados de la ciencia es normal que cada persona relate de manera diversa un mismo hecho, según su nivel de percepción o apreciación, por ello, su credibilidad no se funda en la absoluta concordancia con el otro, sino en coincidencias en aspectos esenciales, como bien lo ha aquilatado la honorable Corte Suprema de Justicia en sede de Sentencia que exige el grado de convicción de Certeza, sobre la credibilidad del testimonio (...).

Tenemos entonces que en el caso sub júdice no puede desconocerse que lo expresado por los citados militares es absolutamente coincidente en aspectos esenciales de la investigación y convergente con lo evidenciado en los demás medios de convicción legalmente allegadas al proceso, por lo que se tiene que de la valoración probatoria resulta evidente la justificación sustancial del contenido de la sentencia del 11 de abril de 2016¹⁸², cuando se subsume en la acertada tesis probada en grado de certeza de “que el SLR DRVC rechazo la orden emanada de su superior jerárquico ST EFES (comandante de Espada III) quien fungía para el día de los hechos como Comandante de la Unidad Fundamental, de relevar en el servicio de centinela al SLR FVJ, rechazo que los declarantes sostienen efectuó desasegurando y cargando su arma e inmediatamente colocándola en posición de disparo, advirtiéndole a su superior que lo iba a “quebrar” cuando se le emitió de forma directa la orden”. **(Rad. 158276 del 2 de septiembre de 2016, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE).**



142. TESTIMONIO

Práctica y ejercicio del derecho de contradicción

“Respecto a esta inconformidad del recurrente, se debe recordar que esta clase de actuaciones no son notificables ni comunicables por parte del Juez Instructor a los sujetos procesales, frente al caso bajo examen es la defensa de los procesados quien debe estar al tanto de las diligencias que se surtan en la investigación, pues el Código Penal Militar claramente refiere qué actuaciones se deben comunicar y notificar a los sujetos procesales, excluyendo de ello la recepción de testimonios, salvo lo que corresponda a la persona requerida para tal diligencia.

Adicionalmente la Sala evidencia que la defensa de los procesados en ejercicio de su derecho de contradicción pudo haber solicitado la ampliación de los testimonios de los militares obrantes en el expediente, solicitar otras pruebas con el fin de ejercer los derechos que dice le fueron vulnerados por parte del Juez de Instrucción Penal Militar, también solicitar la nulidad de los actos procesales que hubiese considerado como violatorios del debido proceso y demás garantías de sus prohijados, pero lo que se advierte en este caso como a bien tuvo en señalar el Ministerio Público en su concepto, es que la defensa de los encartados no cuestionó las actuaciones del



Juez de Instrucción Penal Militar en lo que respecta a la recaudación de la prueba testimonial ni antes ni después de resuelta su situación jurídica, tampoco presentó oposición alguna en la etapa de calificación o en la misma de juzgamiento, menos lo hizo cuando sus prohijados en su presencia, decidieron libremente aceptar los cargos formulados por la Fiscalía Penal Militar, tal y como se aprecia en el expediente. (Rad. 158250 del 20 de agosto de 2015, M.P. CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Cuarta Sala de Decisión).



143. TIPICIDAD DE LA CONDUCTA

Elementos esenciales

Para que un hecho pueda ser acreditado como atípico o su realización pueda ser tenida como imposible, deben estar ausentes en la conducta los presupuestos objetivos mínimos que estructuran el tipo penal y son los que el Instructor debe investigar exhaustivamente en el desarrollo de la indagación preliminar para arrimar a tal consecuencia dogmática. Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. Los cuales se entenderán que no se encuentran presentes cuando se carece de hechos indicativos que logren estructurar por lo menos primariamente estos elementos exigidos objetivamente por el tipo penal.

(...) la salida procesal adoptada por el *a quo*, no se encuentra revestida de esa seguridad jurídica que se espera tanto por la comunidad en general, como por la misma institución policial. Pues al haberse omitido la realización de algunas pruebas, necesariamente trae consigo que aún se encuentren presentes elementos del tipo objetivo que no permiten por ahora arrimar a la conclusión de que las lesiones personales causadas en la vida y salud del señor LASC sean atípicas y no hayan tenido relación con el procedimiento policial que se adelantó por parte del personal de la Policía Nacional en la Metropolitana de Popayán (Cauca) el día 8 de abril de 2013. (Rad. 158096 del 28 de enero de 2015, M.P. CR (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA).



144. UNIÓN MARITAL DE HECHO

Requisitos para que sea reconocida, y como tal, pueda impactar como causal de exención al servicio militar

“Ahora bien, respecto a la causal contemplada en el literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización” que prevé que están exentos del servicio militar en tiempo de paz, con la obligación de inscribirse y pagar cuota de compensación militar los casados que hagan vida conyugal, tenemos que este literal fue declarado exequible por la honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C-755 de 2008, en el entendido de que la

exención allí establecida se extiende también a quienes convivan en unión permanente, de acuerdo con la ley, conforme lo precisa el precedente jurisprudencial de la alta Corporación (...).

Por lo tanto, como bien lo señala el precedente jurisprudencial de la honorable Corte Constitucional y de la honorable Corte Suprema de Justicia, la Unión Marital de Hecho como el matrimonio es una especie de estado civil, puesto que además de no ser una relación cualquiera, es un estado que trasciende el ámbito externo de las personas que la conforman, es decir, a la pareja misma y a cada uno de sus miembros individualmente considerados, otorgándoles cierto estatus jurídico en la familia y la sociedad, de ahí que la honorable Corte Constitucional, cuando examina la constitucionalidad del literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993 *“Por la cual se reglamenta el Servicio de Reclutamiento y Movilización”* lo declara exequible, pero en el entendido de que la exención allí establecida se extiende a quienes convivan en unión permanente, de acuerdo con la ley.

Y la expresión “de acuerdo con la ley” significa que esa Unión Marital de Hecho debe tener la capacidad jurídica de conformar Familia, la cual se constituye tanto por vínculos naturales como por vínculos jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, según lo dispone el artículo 42 constitucional, y cuya protección como institución básica de la sociedad es uno de los principios fundamentales que regentan nuestra Carta Magna, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 5º constitucional.

Así las cosas, la unión marital de hecho para que impacte el instituto fundamental de la sociedad como lo es la familia que se constituye por la decisión libre y voluntaria de la pareja, debe sujetarse a cánones legales, que no son otros que los establecidos en la Ley 54 de 1990¹⁸³ *“por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”*, modificada por la Ley 979 de 2005¹⁸⁴, que define la unión marital de hecho en su artículo 1º y señala sus efectos jurídicos en el artículo 2º ibídem (...)

De la definición de unión marital de hecho se concluye entonces, que esta debe presentar las siguientes características para que sea reconocida y como tal, pueda impactar como causal de exención al Servicio Militar en tiempo de paz:

- Diferencia de sexo: es decir, debe ser entre un hombre y una mujer, porque la ley colombiana le otorgaba reconocimiento legal solo a aquellas uniones que según la moral y las buenas costumbres se entienden como naturales, por lo se excluía el reconocimiento de cualquier tipo de uniones homosexuales, pero la honorable Corte Constitucional en Sentencia C-075 de 2006 les da su alcance, siempre y cuando cumplan con las condiciones legales impuestas para las uniones maritales de hecho.
- Condición legal: para la unión marital de hecho es condición legal la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo al menos

183 La Ley 54 de 1990 tiene aplicación retrospectiva de acuerdo a lo establecido por el Fallo 261 de 2011 de la honorable Corte Suprema de Justicia.

184 La Ley 979 de 2005, fue declarada EXEQUIBLE por la Honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia C-075 de 2007, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.



de dos años; y para su reconocimiento puede acudir a los medios legales establecidos por la Ley 979 de 2005 como lo es la conciliación, o ante la jurisdicción para que el Juez declare la existencia de la pareja.

- **Unidad:** la unión marital de hecho hace referencia a la unión de un solo hombre y una sola mujer, por lo que no es posible que existan relaciones de vida, múltiples y paralelas, de tal suerte, que si llegaren a presentar relaciones paralelas o coexistencia con el matrimonio, no podría legalmente considerarse Unión Marital de Hecho, sino simplemente de concubinos.
- **Ausencia de matrimonio:** entre los compañeros no puede existir matrimonio para que pueda conformarse la unión marital de hecho, pues ambos deben ser solteros puesto que la ley dispone “que sin estar casados”, o en el evento de haberlo estado, tal circunstancia debe haber sido solucionada antes de formarla.
- **Permanencia:** la unión marital de hecho debe ser una comunidad de vida permanente, continua y singular compartiendo lecho, techo y mesa, lo que implica que debe existir una estabilidad como presupuesto para distinguirlas de las relaciones ocasionales, transitorias o esporádicas.
- **Convivencia:** la unión marital de hecho debe ser un hecho público y notorio y jamás clandestino, porque debe aparentar vida de matrimonio, aunque se sabe que no hay de por medio tal acto solemne.

De ahí que existen diferencias entre la esencia del matrimonio y la de la unión marital de hecho, como bien lo ha clarificado la honorable Corte Constitucional (...)

Siendo este el estado del arte, habrá de decirse que la exención al servicio militar en tiempo de paz prevista en el literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993 “*Por la cual se reglamenta el Servicio de Reclutamiento y Movilización*”, no aplica al caso sub examine, puesto que la relación existente entre la joven JASA y el señor SLR. JABS, antes de que este ciudadano entrara a prestar el servicio militar obligatorio no reúne las condiciones para que pueda considerarse una unión marital de hecho que tenga a capacidad de impactar la prestación del Servicio Militar Obligatorio. **(Rad. 158386 del 29 de abril de 2016, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de decisión).**



145. USO DE LA FUERZA POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

Busca la consecución de un objetivo legal, observando los principios de necesidad, de proporcionalidad, y de excepcionalidad, en el entendido de que no se pueda emplear otra medida menos drástica

“Ahora bien, dentro del Código de Conducta se establece que el uso de la fuerza busca la consecución de un objetivo legal, donde el uso de la fuerza resulte razonablemente

necesaria (principio de necesidad)¹⁸⁵, la medida de la fuerza similar al nivel de resistencia ofrecido (principio de proporcionalidad)¹⁸⁶, y el empleo de las armas resulte ser una medida externa (principio de excepcionalidad)¹⁸⁷, en el entendido que no se ha podido reducir con otra medida menos drástica.

En cuanto al uso de las armas, el objetivo se desarrolla cuando la conducta del delincuente entraña un peligro para la vida, e igualmente este representa peligro y opone resistencia, bajo ello, el funcionario encargado de hacer cumplir la ley adopta las medidas previas de identificación y advertencia (proclama)¹⁸⁸ y cuando estas medidas menos drásticas no son suficientes para reducir al delincuente, surge como inevitable (excepcional)¹⁸⁹ el uso de las armas para reducirlo y proteger una vida, ya sea la de la autoridad o la de un tercero.

De lo brevemente expuesto, esta Sala de Decisión recuerda a los sujetos procesales que el uso de las armas de fuego en sí, conllevan unos riesgos que en tratándose de personas se materializan en lesiones o muerte, que el uso de las armas de fuego es una actividad riesgosa pero reglamentada, mas no prohibida para su empleo por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

De manera que, se ha reglamentado en ese instrumento internacional, que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden usar las armas de fuego en hipótesis de defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o de lesiones graves, con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro u oponga resistencia a su autoridad, objetivos que autorizan el uso de las armas cuando resulten insuficientes medidas menos extremas¹⁹⁰.

En suma, existen unos criterios que regulan el uso de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y solo de su valoración individual y en conjunto de cada uno de ellos, puede señalarse si el uso de las armas de fuego se enmarcó o no en dichos presupuestos, argumentación que no se encuentra dentro de los alegatos de la apelación pues allí los impugnantes solo se limitan a calificarla de excesiva sin siquiera señalar cuál es el punto arquimédico en que la fuerza pasó de ser adecuada al exceso". **(Rad. 158403 del 29 de julio de 2016, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

185 Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, art. 3

186 Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, art. 3.b.

187 Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, art. 3.c.

188 Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, disposición general 10.

189 Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, disposición general 9.

190 Ver disposición 9 de los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.



146. VIOLACIÓN DERECHO DE DEFENSA

No toda falta de contradicción probatoria puede considerarse omisión de los deberes profesionales

“...en punto de la afectación del derecho de defensa por falta de actos positivos de gestión como los queridos y avizorados por el letrado, la Sala ha referido que no toda falta de contradicción probatoria, impugnación o alegación puede considerarse por sí misma constitutiva de dejación de los deberes profesionales, pues como lo ha enseñado la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el defensor, en cualquiera de sus modalidades puede optar por el silencio como parte de su estrategia de defensa; por manera que una actividad al menos vigilante del desarrollo procesal sugiere el cumplimiento adquirido en su deber como defensor, y no el abandono del compromiso asumido; entre otras razones, porque las estrategias hacen parte de su fuero interno y de la manera como, de cara a la actividad judicial-probatoria, estima conveniente o no, actuar en un asunto determinado. (...)

“Téngase presente una vez más, como tantas veces se ha dicho, que los actos positivos de gestión no pueden verse o medirse en términos cuantitativos o cualitativos a partir de las intervenciones que se hagan en las diferentes etapas del proceso, pues como se anotó, es del fuero interno de quien ejerce ese mandato, saber cuándo y en qué momento es oportuno actuar o guardar silencio, justamente de cara a la actividad desplegada por la judicatura, y la visión jurídica que tenga del asunto; y entonces ese silencio no puede comprenderse como una dejación o abandono, sino también como una estrategia defensiva.

La visión jurídica del asunto varía según la óptica de cada defensor, por manera que tildar de errónea y equivocada la apreciación de uno, en sobreposición de la de otro, no pareciera equilibrado; máxime cuando en este negocio penal no refulge de bulto los garrafales yerros que pregonan la defensa sobre los actos procesales que ha referido”. **(Rad. 158157 del 10 de marzo de 2015, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**



Justicia Penal Militar y Policial

Avanzar con Justicia,
Autonomía e Independencia

Revista Judicial Tribunal Superior Militar

Carrera 10 No. 26-71 - Octavo piso | Edificio Residencias Tequendama - Torre Sur
Conmutador: 282 0394 | Teléfonos: 282 0383 - 282 0364 | MK. 28557