



La seguridad  
es de todos

Mindefensa



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL**

**BOLETÍN  
JURISPRUDENCIAL Y OTROS ASUNTOS  
DE INTERÉS PARA LA J.P.M.P**

El contenido de este boletín son extractos informativos de las providencias emitidas por esta corporación. Se recomienda revisar directamente las providencias en la Página Web: <https://www.justiciamilitar.gov.co>

## I. PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL JUNIO 2018

### 1. MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.

Requisitos. Para la imposición de la medida de aseguramiento debe consultarse no solamente el cumplimiento de los requisitos formales, relativos al quantum punitivo del delito; la existencia de un mínimo probatorio, correspondiente al indicio grave de responsabilidad penal, sino además, que esta sea necesaria en relación con los fines que persigue, es decir, que su imposición se vislumbre como imperiosa para evitar que el procesado obstruya el debido ejercicio de la justicia, cuando éste constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima, de la Fuerza Pública o cuando resulte probable que el procesado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

#### **PROVIDENCIA QUE RESUELVE SITUACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL.**

Naturaleza. Corresponde a una decisión interlocutoria donde debe valorarse los medios de prueba recaudados, asignándoles un determinado grado de persuasión frente al compromiso penal que pueda tener el sindicado en la comisión de los hechos que se le endilgan, para luego y llegado el caso resolver si debe imponerle o no medida de aseguramiento o de seguridad, según se trate de persona imputable o inimputable. **RAD. 158902-JUNIO-2018 MP. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.**

### 2. PECULADO CULPOSO.

Elementos para su estructuración. Tutela el bien jurídico de la Administración Pública, para la imputación de este delito no sólo se requiere la demostración de la calidad de sujeto activo cualificado, la relación funcional del bien con el sujeto, y la pérdida, extravío o daño de éste, sino, además, debe estar demostrado que la culpa del servidor

público que tenía la custodia, administración o tenencia del objeto estatal fue el factor determinante del resultado. **PECULADO CULPOSO.**

Clasificación. Doctrinalmente este delito presenta la siguiente clasificación: i) de resultado, tipos cuyo contenido consiste en la producción de un efecto separado espacio-temporalmente de la conducta y ese resultado constituye la consumación formal, ii) de lesión, son los que comportan la destrucción o mengua del bien jurídico protegido, iii) de conducta instantánea, cuando la realización del comportamiento descrito como ilícito se agota en un solo momento; y iv) pluriofensivo, infracción que afecta siempre y necesariamente a más de un bien jurídico de manera principal.

#### **RELACIÓN FUNCIONAL ENTRE EL SUJETO ACTIVO DE LA CONDUCTA Y EL BIEN.**

Alcance. Implica que al sujeto activo se le haya confiado la administración, custodia o tenencia de bienes. **CULPA.** No reside en actos de voluntariedad del sujeto agente, como se consideraba en la concepción clásica, sino en el desvalor objetivo de la acción por él realizada, siempre y cuando esté acompañada del resultado típico producto de la infracción al deber de cuidado.

#### **TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN**

**OBJETIVA.** Presupuestos. Conforme a esta teoría un hecho producido por un agente le es jurídicamente atribuible si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no comprendido por el riesgo permitido, y dicho peligro se consume en el resultado concreto. Se alimenta de una serie de conceptos en constante desarrollo, que necesariamente implica que se deben armonizar de manera sistemática y coherente entre sí y con el ordenamiento

jurídico para garantizar los principios de legalidad y derecho de defensa. Para realizar la imputación de comportamientos o de resultados en los tipos penales que exigen relación causal, se requieren tres presupuestos normativos: i) la determinación de la posición de garante; ii) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y, iii) la concreción del riesgo en el resultado o relación con el resultado; debiéndose precisar que los anteriores criterios se sirven entre otros, del principio de confianza, de las acciones a propio riesgo, de la prohibición de regreso y el instituto del riesgo permitido. **RAD. 155689-JUNIO-2018 MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.**

**3. RECURSO DE HECHO.** Propósito. Es un mecanismo de defensa especial, sometido a un procedimiento breve, que tiene por objeto lograr que el superior enmiende conforme a derecho los errores en que haya podido incurrir el inferior al denegar un recurso de apelación, lo que en la práctica hace de esta figura un instrumento de control de admisibilidad para evitar la inequidad. **RECURSO DE HECHO.** Requisitos de procedibilidad. Es necesario que: i) la apelación sea procedente, ii) la apelación haya sido interpuesta y sustentada en tiempo, es decir, dentro de los tres (03) o cinco (05) días siguientes a la última notificación, ya sea que se trate de autos interlocutorios, o de sentencias y autos de cesación de procedimiento, respectivamente, iii) quien impetre el recurso de hecho, interponga y sustente reposición contra el auto que negó la apelación ante el despacho judicial correspondiente, y subsidiariamente solicite copia de la providencia apelada, de las diligencias, de su notificación y del proveído que deniega el recurso vertical; y iv) el recurrente presente al superior de quien negare la apelación, un escrito en el que exponga los fundamentos de hecho y

de Derecho que invoca para que se conceda la alzada en cuestión, ello dentro de los tres (3) días siguientes a la recepción de las copias emitidas por el A quo. **RAD. 158854-JUNIO-2018 MP. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.**

**NOTA: Para ver todas las providencias de junio de 2018 con el resumen de sus respectivos temas siga este enlace: TODAS** (Archivo disponible carpeta Pública Relatoría).

## II. PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**1. AP356-2018, Radicado No. 50213 del 30 de mayo de 2018<sup>1</sup>.** La Corte Suprema de Justicia al resolver sobre una solicitud probatoria en el trámite de una acción de revisión efectuó algunas precisiones relativas al procedimiento y propósito de la citada acción, además unificó el criterio sobre el alcance que debe dársele a la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas, considerando que tal proscripción es aplicable exclusivamente al Juez de conocimiento respecto de la etapa de juicio. En el siguiente sentido fue el pronunciamiento:

*“La Sala decretará oficiosamente algunas pruebas.*

*No obstante, y como la presente acción extraordinaria de revisión está regida por la Ley 906 de 2004, se hace necesario previamente valorar la posibilidad de adoptar tal determinación, por cuanto el artículo 361 de esa codificación dispone que «en ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio».*

*Para tal fin, la Corte i) partirá por examinar los precedentes existentes en relación con el problema jurídico anunciado; ii) estudiará la prohibición contenida en el artículo 361 precitado; iii) analizará la naturaleza y los fines de la acción de revisión, y iv) establecerá conclusiones sobre las facultades probatorias de que goza el Juez en sede de revisión.*

### **4.1 El estado actual de la jurisprudencia.**

*4.1.1 La revisión de los precedentes que se han ocupado de examinar las facultades probatorias del Juez en sede de revisión indica que no existe una regla jurisprudencial decantada que determine una conclusión en uno u otro sentido.*

*En sentencia de 30 de julio de 2015, proferida en el radicado 42088, esta Corporación se pronunció sobre el régimen probatorio aplicable a las acciones de revisión tramitadas bajo la Ley 906 de 2004.*

*En esa ocasión, se puso de presente que la aludida acción extraordinaria, no obstante conllevar – según la causal invocada – un aspecto probatorio, tiene una naturaleza diversa del juicio oral y le subyacen lógicas diferentes, a partir de lo cual se concluyó que:*

*...el régimen probatorio del proceso de revisión no coincide exactamente con el del proceso penal ordinario...y...por ende no todas las pautas de éste operan con la misma estrictez en el trámite de revisión.*

*Esas diferencias, conforme fue entendido por la Sala en la decisión comentada, se manifiestan o materializan esencialmente en un aspecto, a saber, la forma en la que se aducen pruebas, pues mientras en el juicio sólo se tienen por tales las que hayan sido practicadas y controvertidas en presencia del*

<sup>1</sup> Sala de Casación Penal, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

Juez, en el trámite de revisión pueden ser valoradas las que se alleguen en sustento de la demanda, las que se obtienen al admitirla (pues en ese momento se ordena aportar la actuación base en su integridad) y las que sean decretadas por solicitud de las partes durante el traslado que se corre con ese fin. (...)

Como se advierte, no obstante haber concluido que la discusión probatoria en la acción de revisión no está regida en su totalidad por las mismas reglas y principios aplicables al juicio oral, la Sala en esa

oportunidad no hizo ningún examen de cómo esa afirmación puede incidir en sus facultades probatorias. Circunscribió los efectos y consecuencias de ese aserto a la manera en que las pruebas pueden ser allegadas en uno y otro escenario, y la posibilidad que tiene el Juez de Conocimiento de apreciar, a efectos de preferir fallo en sede de revisión, medios de conocimiento aportados directamente a la carpeta por fuera de la audiencia bajo radicado 49038, un Magistrado de la Sala, al decidir sobre las solicitudes probatorias de la defensa en el trámite de

4.1.2 En CSJ AP, 9 sep. 2015, rad. 45192, la Corporación, aunque sin realizar un análisis del detenido del problema, recogió el anterior numeral 6° del artículo 192 de la Ley 906 criterio para sostener, en su lugar, que en el trámite de la acción de revisión, al igual que

en el juicio oral, el fallo sólo puede estar soportado en las pruebas que con estricto cumplimiento de los principios de inmediatez y publicidad sean debatidas en presencia del funcionario judicial:

En esa misma providencia, la Sala negó una solicitud probatoria elevada por la defensa consistente en la realización de una diligencia de reconocimiento en fila de personas, no porque aquélla no tenga en realidad la naturaleza de prueba, sino por considerar que ello haría necesario que la Corte obrara oficiosamente con detrimento del principio de imparcialidad:

La Sala no decretará el reconocimiento en fila de personas pedido, en tanto, de conformidad con los artículos 253 y 267 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (que forman parte del Libro II, Técnicas de Indagación e Investigación de la Prueba y Sistema Probatorio) ese tipo de diligencias corresponde adelantarlos a las partes para allegarlas al juez en la audiencia respectiva, **sin que este pueda determinar oficiosamente su evacuación, so pena de perder su imparcialidad**, en tanto tendría que decidir sobre aspectos tales como quiénes deben conformar la fila.

Véase cómo, por esa vía, la Sala tomó esa postura respecto de sus facultades probatorias oficiosas.

probatorias oficiosas en sede de revisión (negándola), al tiempo que afirmó la absoluta identidad entre los principios y dinámicas que rigen el debate en el juicio oral y en la acción extraordinaria.

4.1.3 Finalmente, en la revisión tramitada por radicado 49038, un Magistrado de la Sala, al decidir sobre las solicitudes probatorias de la defensa en el trámite de

Una vez surtido el traslado de que trata el artículo 195 de la Ley 906 de 2004, se ordena:

3. De otra parte, por ser necesario y pertinente a los fines de la presente acción de revisión, **de oficio se dispone requerir, por medio de la Secretaría de la Sala, al Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés Isla el envío de copia integral y auténtica de las carpetas y registros de audio y/o video que conforman los procesos allí adelantados contra las personas enseguida enunciadas, junto con certificación de su estado actual de trámite y de ejecutoria de los fallos de instancia proferidos en cada uno de ellos.**

Aunque la determinación enfatizada fue adoptada sin un análisis precedente sobre la aplicabilidad de la prohibición prevista en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 al trámite de revisión, es lo cierto que las pruebas allegadas oficiosamente en ese caso fueron apreciadas en el fallo de fondo y sirvieron como fundamento de la decisión.

Así, la Sala en dicha oportunidad - aun cuando tácita o implícitamente -, consideró que tiene la facultad de ordenar pruebas de oficio en el contexto de la acción de revisión, por ser ello «necesario y pertinente a los fines» de ese mecanismo extraordinario de control.

4.1.4 Del recuento efectuado en precedencia se vislumbra que, en lo esencial, la Corte ha oscilado entre dos posturas excluyentes: por un lado, ha considerado que el régimen probatorio de la acción de revisión en la Ley 906 de 2004 coincide en todo en el previsto para el juicio, lo cual, por consecuencia, descarta la posibilidad de practicar pruebas de oficio.

Por otra parte, ha estimado que existen diferencias esenciales entre el juicio y el debate inherente a la acción de revisión, por razón de las cuales deben flexibilizarse las reglas probatorias aplicables a la segunda. Es en esa lógica que puede entenderse que, más adelante, haya emitido fallo de fondo en una acción extraordinaria con fundamento en pruebas decretadas y obtenidas oficiosamente.

La inexistencia de una postura clara al respecto, entonces, obliga a la Sala ahora a abordar el problema jurídico aludido, a efectos de establecer si resulta posible, a pesar de la prohibición prevista en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, que en

el trámite de la acción de revisión sean ordenadas y valoradas pruebas de oficio.

## **4.2 La prohibición prevista en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004.**

4.2.1 Según quedó esbozado en precedencia, el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal señala que «en ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio».

Esa prohibición, anuncia desde ya la Sala, no es aplicable a la actividad probatoria en el trámite de la acción de revisión, conforme pasa a explicarse.

4.2.2 Dígase, en primer lugar, que la mencionada proscripción se halla incluida en el Capítulo I del Título III del Libro III de la Ley, correspondiente, en lo específico, al trámite de la audiencia preparatoria, y, en lo general, a la fase del juzgamiento.

La ubicación del precepto examinado en la estructura de la codificación procesal permite inferir, en principio, que está dirigido a restringir la actividad oficiosa del Juez de Conocimiento en la audiencia preparatoria, lo cual implicaría, por consecuencia, que en otros escenarios procesales sí le está permitido al funcionario judicial decretar pruebas por iniciativa propia.

Esta hermenéutica encuentra soporte en la exposición de motivos del proyecto de Ley de la Cámara de Representantes No. 001 de 2003, finalmente aprobado como Ley 906 de 2004, en la que el entonces Fiscal General de la Nación sostuvo que:

Antes de terminar la audiencia de formulación de acusación el juez fijará fecha y hora, en un término no inferior a quince (15) días ni superior a treinta (30), para llevar a cabo audiencia

preparatoria. En esta diligencia las partes presentaran sus observaciones relacionadas con el descubrimiento de la prueba, bajo el entendido que el juez rechazará como pruebas las que no hubiesen sido descubiertas; la defensa descubrirá sus elementos materiales probatorios; manifestarán su interés en presentar estipulaciones probatorias o acuerdos a que pueden llegar la fiscalía y la defensa sobre hechos y circunstancias que se aceptan como probadas y sobre las cuales se excluye toda posibilidad de controversia probatoria; y presentarán las solicitudes referidas a las pruebas que fiscalía y defensa pretenden que sean practicadas, durante el juicio en sustento de su pretensión.

Concluida la intervención de las partes “el juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad” previstas en el proyecto, **reconociendo en todo caso que el juez, dada su imparcialidad y teniendo en cuenta el carácter adversarial de la controversia, no puede decretar oficiosamente la práctica de ninguna prueba...**

Como se ve, el entendimiento de la prohibición de que trata el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 estuvo desde un inicio asociado a la actividad del Juez de Conocimiento en la audiencia de preparación del juicio, y se fundamentó en «el carácter adversarial de la controversia» propio de esa fase de la

actuación, y en el principio de imparcialidad.

Valga precisar que, en relación con el aspecto adversarial del esquema procesal examinado, la Corte Constitucional ha sostenido que:

...significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección<sup>2</sup>.(...)

4.2.3 La Corte Constitucional examinó la conformidad del artículo 361 precitado con la Carta Política en sentencia C – 396 de 2007, providencia en la cual lo declaró exequible y estableció que «la pasividad probatoria del juez **está limitada a la etapa del juicio y, especialmente en la audiencia preparatoria**».

A esa conclusión llegó luego de analizar la ubicación del precepto en el Código Penal, pero sobre todo, tras examinar la estructura del proceso penal allí establecido y los principios que le subyacen, entre ellos, la separación de las funciones de instrucción y juzgamiento y la lógica adversarial.

En ese sentido, entendió que la prohibición de decretar pruebas oficiosamente en la audiencia preparatoria se explica y justifica «desde la perspectiva de la neutralidad judicial y la igualdad de armas entre las partes» y, muy especialmente, desde la óptica de **la presunción de inocencia** y la garantía de **in dubio pro reo**:

---

<sup>2</sup> Sentencia C – 127 de 2011.

Siguiendo ese criterio, el Tribunal Constitucional señaló que la proscripción de la iniciativa probatoria del Juez no es aplicable a las etapas anteriores al juicio, específicamente, a las que corren bajo la dirección de los Jueces de Control de Garantías, quienes sí tienen iniciativa probatoria, porque su «única misión (es) garantizar la eficacia de la investigación y la preservación de los derechos y libertades que pueden resultar afectados con el proceso penal».

4.2.4 Similar razonamiento ha sostenido esta Corporación, que, al analizar e interpretar la prohibición erigida en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, ha discernido que la misma tiene fundamento en los principios de separación de las funciones de instrucción y juzgamiento, imparcialidad, neutralidad, e igualdad de armas, todos ellos inherentes a la controversia propia del juicio oral: (...)

En armonía con tales planteamientos, la Sala no sólo ha acogido lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C – 396 de 2007 en cuanto a que la prohibición de ordenar pruebas de oficio «se predica de la etapa del juzgamiento **exclusivamente**», sino que además, de manera expresa y explícita, ha sentado como regla que en otras fases del proceso el funcionario sí cuenta con la facultad legal y constitucional de decretar pruebas por iniciativa propia. (...)

De la argumentación presentada por la Sala en esa ocasión se desprende con claridad que la facultad probatoria oficiosa con la que cuenta el Juez en el incidente de reparación integral está fundamentada, de una parte, en la naturaleza eminentemente civil de ese procedimiento y, de otra, en que se trata

de un trámite posterior al juicio oral, que se basa en lo que allí se ha decidido.

Puesto en otros términos, la Corte, para afirmar la posibilidad que le asiste al Juez de decretar pruebas oficiosamente en el incidente de reparación integral, valoró esencialmente dos criterios: la **naturaleza** de ese trámite y **su relación con el juicio**, examinada desde la dinámica consecencial del proceso.

4.2.5 Valga precisar que en la fase de la ejecución de la pena, la facultad probatoria oficiosa del Juez no ofrece ninguna controversia, al punto que aparece expresamente consagrada en la Ley 906 de 2004.

La coincidencia entre las previsiones normativas recién transcritas – una correspondiente a la Ley 906 de 2004 y la otra a la Ley 600 de 2000 – demuestra que el veto de las pruebas de oficio **no es inherente a todos y cada una de las diligencias previstas en la primera**, sino que, aun tratándose de asuntos regidos por el Código de Procedimiento Penal de tendencia acusatoria, es posible reconocer la facultad de hacerlo al funcionario correspondiente, atendiendo criterios como la naturaleza concreta del trámite, la incidencia de la prueba oficiosa en la estructura del mismo y la posible afectación de los derechos y garantías de las partes.

Es así que en la fase de la ejecución de la pena, aún en el marco de la Ley 906 de 2004, la naturaleza no adversarial de lo que allí se debate habilita la práctica oficiosa de pruebas a cargo del Juez, incluso frente a un procedimiento rogado como lo es la rehabilitación de derechos y funciones públicas, el cual, al tenor del artículo 480, procede «previa solicitud del condenado».

4.2.6 A partir de las consideraciones que anteceden, la Sala sostiene las siguientes conclusiones: i) la prohibición establecida en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 es aplicable única y exclusivamente al Juez de Conocimiento respecto de la fase del juicio; ii) en consecuencia, no existe una proscripción que expresamente impida al Juez decretar y practicar pruebas de oficio en otras fases del procedimiento o en trámites distintos del juicio regulados en la Ley 906 de 2004; iii) en razón de lo anterior, la jurisprudencia constitucional y ordinaria han afirmado que tanto los Jueces de Control de Garantías como los Jueces de Conocimiento - en sede del incidente de reparación integral - pueden ordenar y practicar pruebas por iniciativa propia, al tiempo que la Ley 906 de 2004 autoriza a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para hacerlo; iv) la posibilidad de que el Juez encargado de un determinado trámite pueda practicar pruebas de oficio dependerá de la ponderación de distintos factores como la naturaleza del asunto, los derechos y garantías de las partes y los principios subyacentes al procedimiento establecido en la legislación procesal aplicable. ”. Texto completo siguiendo el vínculo: **Radicado No. 50213 del 30 de mayo de 2018.**

**2. AP1868-2018, Radicado No. 52632 del 09 de mayo de 2018**<sup>3</sup>. La Corte Suprema de Justicia al conocer de un recurso de apelación interpuesto contra un auto dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio mediante el cual decretó oficiosamente la nulidad a partir de la “iniciación de la etapa probatoria”,

explicó el alcance del principio de inmediación en los eventos en los cuales el juez que tramita el juicio no es el mismo que anuncia el sentido del fallo, o habiendo anunciado el sentido del fallo no es el encargado de proferir sentencia. A continuación, algunos apartes del citado pronunciamiento:

*“Aunque el Tribunal no lo abordó así explícitamente en la providencia atacada ni ello fue puesto de presente por los apelantes o el no recurrente, la Sala advierte que la controversia planteada encierra dos problemas jurídicos que, aunque relacionados, tienen contornos diversos y deben abordarse independientemente.*

*De una parte, se observa que, en el presente asunto, los funcionarios judiciales que dirigieron el juicio oral y presenciaron personal y directamente la práctica de las pruebas no son los mismos que ahora se ven abocados a proferir sentencia; circunstancia que mencionó tangencialmente el a quo como fundamento de la nulidad decretada y que alude al principio de inmediación de que trata el artículo 16 de la Ley 906 de 2004.*

*De otra, se evidencia igualmente que los funcionarios que anunciaron el sentido absolutorio del fallo son distintos de los que actualmente deben dictar sentencia; hecho que también mencionó el Tribunal en el auto recurrido y que, aunque puede tener vinculación con el aludido principio de inmediación probatoria, atañe esencialmente a la naturaleza y efectos del*

---

<sup>3</sup> Sala de Casación Penal, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

*sentido del fallo, y su carácter vinculante para el funcionario que profiere sentencia.*

*Puesto en otras palabras, en el caso examinado concurren dos situaciones fácticas diversas, supuestamente constitutivas de nulidad: la primera, que funcionarios que no presenciaron el debate probatorio sean quienes emitan la decisión y, la segunda, que esos mismos funcionarios deban estarse al sentido del fallo anunciado por quienes los precedieron.*

*Así pues, la Sala abordará ambos problemas jurídicos a efectos de establecer si el auto debe ser revocado, o si, como lo solicitó la Fiscalía, procede su confirmación.*

***Reglas aplicables cuando el Juez que tramita el juicio no es el mismo que anuncia el sentido del fallo y/o profiere sentencia.***

*1. La entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, código de procedimiento penal de tendencia acusatoria, supuso el reconocimiento de una serie de principios y garantías ajenos a los que subyacen al régimen procesal previsto en la Ley 600 de 2000, entre ellos, el de inmediación de la prueba, según el cual - con expresas excepciones - «en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento».*

*En similar sentido, el artículo 379 de la codificación en cita prevé que «el Juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia».*

*De ahí que el canon 454 de la Ley 906 de 2004 establece que deberá repetirse la práctica de la prueba «si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez» y entonces, como regla general, el funcionario que dirige la vista pública debe ser el mismo que anuncia el sentido del fallo y profiere sentencia.*

*2. Con todo, esa causal de rescisión no opera automáticamente ante la constatación objetiva del hecho que la configura - la sustitución del funcionario judicial -, sino que, como todas las demás eventualidades formalmente capaces de provocar la nulidad, debe estar acompañada de la afectación o lesión material de uno o más derechos o garantías del procesado o las demás partes o intervinientes, o de la integridad del procedimiento. En otros términos, debe ser trascendente (...)*

*En pronunciamiento más reciente, la Corte reiteró que el relevo de Jueces a lo largo de la fase del juzgamiento «solo por excepción es constitutiva de nulidad. (...)*

*El criterio así expuesto no es otra cosa que la materialización de la lógica que atraviesa el instituto de las nulidades genéricamente considerado, en cuanto todas ellas tienen tanto un aspecto formal como uno material que exige, además de la constatación objetiva de la circunstancia invalidante, la comprobación de una afectación real, tangible y cierta a las garantías de las partes o la integridad del procedimiento.*

*3. En síntesis, cuando se produce la variación del funcionario de conocimiento en el curso del juicio, de modo que quien presenció las pruebas no es la misma persona que adoptará la decisión (sentido del fallo o sentencia), procederá la anulación y repetición de la fase*

probatoria siempre que se evidencie una lesión efectiva y cierta de los derechos del procesado u otra parte o interviniente, ora la perversión inaceptable de la estructura del trámite; valoración que debe efectuarse en cada caso concreto atendiendo a sus particularidades y considerando, entre otros criterios, las razones que suscitaron el reemplazo del Juez, la existencia de registros de audio y video del juicio y su capacidad para reflejar de manera fidedigna lo sucedido, y la importancia que las pruebas no apreciadas por el Juez tienen para la decisión del caso.

**Reglas aplicables cuando el Juez que anunció el sentido del fallo no es el mismo que dicta la sentencia.**

1. El artículo 446 de la Ley 906 de 2004 prevé que, inmediatamente después de agotado el debate probatorio y presentados los alegatos de las partes, «el sentido del fallo se dará a conocer de manera oral y pública».

En relación con ese acto procesal, la Sala ha sostenido que el sentido del fallo y la posterior sentencia conforman «una unidad temática inescindible», conceptualización de la cual se siguen varias consecuencias, entre ellas, que uno y otra deben guardar consonancia o congruencia, así como el deber que le asiste al Juez de «respetar en su sentencia el sentido del fallo».

Aunque la jurisprudencia de la Corte alguna vez admitió la posibilidad de que el Juez anulara el sentido del fallo cuando, al construir la sentencia, se percatara de que atenderse al mismo «implicaría una injusticia material», ese criterio fue recogido para, en su lugar, sostener el carácter vinculante de ese acto procesal y la inviabilidad de su rescisión a cargo del funcionario que lo produjo (...)

Así entonces, en el actual estado de la discusión surge incontestable que el sentido del fallo vincula al Juez que lo anunció y, por tal virtud, éste queda obligado, como paso necesario en la estructura consecucional del proceso, a proferir la sentencia que corresponda en congruencia con lo comunicado a las partes al término del debate probatorio.

2. La situación es diferente cuando el funcionario que emitió el sentido del fallo no es el mismo que profiere – o ha de proferir – la sentencia, caso en el cual, por el contrario, esta Corporación ha reconocido la eventual posibilidad de decretar la nulidad ese primer acto. (...)

Desde luego, la simple constatación del cambio de Juez no resulta suficiente para provocar la invalidación aludida, pues, como sucede con todas las causales de nulidad previstas en la Ley, es necesario que esa circunstancia tenga una incidencia real o material en los derechos de las partes o la estructura del proceso, como sucedería, por ejemplo, cuando el funcionario discrepa del sentido del fallo anunciado por quien lo precedió, pues de verse obligado a redactar una providencia en contravía de su convicción sobre la responsabilidad o inocencia del procesado, resultarían ostensiblemente quebrantados los principios de autonomía judicial e imparcialidad (según lo consagró el legislador en el artículo 5º de la Ley 906 de 2004).

En contrario, y como resulta obvio, el cambio de Juez no suscita vicio alguno cuando el funcionario compelido a dictar sentencia comparte autónomamente el sentido del fallo anunciado por su antecesor, pues contravendría la lógica y la economía procesal anular éste para seguidamente emitir uno nuevo con idéntica orientación.

En esa línea, procederá la anulación del sentido del fallo cuando un Juez distinto de quien lo anunció debe dictar sentencia y, luego de valorar autónoma y libremente las pruebas, concluye su incorrección, de suerte que, para preservar la congruencia y coherencia exigidas de uno y otro acto, se hace necesario dejar el primero sin efectos.

Véase que, en la hipótesis que viene examinándose, las consideraciones que determinan la anulación del sentido del fallo no necesariamente están relacionadas con la integridad del principio de inmediación. Puede suceder, por ejemplo, que el Juez A tramita el juicio y aprehende personal y directamente las pruebas, pero por razones administrativas es el Juez B quien anuncia el sentido del fallo. Posteriormente, el Juez A asume nuevamente la dirección del despacho y le corresponde a éste dictar la correspondiente sentencia. En tal evento, aun cuando el funcionario sentenciador es el mismo que atendió la vista pública, bien puede suceder que tenga discrepancias respecto del sentido del fallo anunciado por quien lo reemplazó temporalmente, por lo que, de verse obligado a dictar sentencia con apego a ese acto, resultaría desquiciada la autonomía judicial y, con ello, el proceso mismo.

La Sala también ha admitido que, ante la sustitución del Juez que anunció el sentido del fallo, el funcionario encargado de dictar sentencia anule no sólo ese acto sino la totalidad del juicio, con miras a garantizar los principios de oralidad e inmediación (...)

Ahora, el pronunciamiento recién transcrito fue invocado en el auto recurrido como fundamento para concluir que, frente al cambio de los integrantes de la Sala, «no queda...camino diferente al de

declarar la nulidad de la actuación, a partir de la etapa probatoria».

No obstante, no es ese el alcance de lo allí decidido por esta Corte. En esa ocasión, se inadmitió una demanda de casación en la que se alegaba la violación del debido proceso como consecuencia de que el Juez de primera instancia resolvió anular y repetir la vista pública, precisamente porque no fue él quien presenció la práctica de las pruebas.

Que en ese caso concreto esta Sala no haya advertido una violación del referido derecho fundamental no significa que siempre y en todo caso, al producirse la sustitución del Juez con posterioridad al anuncio del sentido del fallo, deba reiterarse el juicio oral, pues esa medida sólo procederá cuando, atendidas las particularidades del caso, se evidencie que no hacerlo redundaría en una afectación sustancial de las garantías de las partes o la estructura del proceso.

Así pues, frente a esta hipótesis la regla aplicable es esencialmente idéntica a la referenciada en el numeral 2º del acápite anterior, de suerte que lo relevante será establecer la ocurrencia de un perjuicio trascendente, real, material y efectivo derivado de que la sentencia sea proferida por un Juez distinto del que anunció el sentido del fallo. (...)

3.1 En primer lugar, recuérdese que, como quedó esbozado en precedencia, las reglas jurisprudenciales aplicables a asuntos como el presente permiten que, en ciertos casos, el Juez que debe dictar sentencia anule **el sentido del fallo** anunciado por otro funcionario, determinación admisible cuando existe una discrepancia sustancial con la orientación de la decisión adoptada por el juzgador precedente.

Con todo, en la motivación del auto por el cual se dispuso a anular el juicio oral no se observa ningún razonamiento que permita inferir que los Magistrados que actualmente integran la Sala de Decisión disientan o diverjan del sentido del fallo

anunciado por sus predecesores, lo estimen equivocado o abiertamente contrario a lo que las pruebas objetivamente indican.”. Texto completo siguiendo el vínculo: [Radicado No. 52632 del 9 de mayo de 2018.](#)

### III. FLASH INFORMATIVO

La reciente publicación de la sentencia C-674 de 2017, en la que se examinó la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones” dio lugar a que la revista *Ámbito Jurídico* publicara un interesante análisis efectuado por el Doctor JHON ZULUAGA sobre la misma, concretamente en lo relativo a la responsabilidad del mando. Así quedó consignado en la mencionada publicación:

#### **“La responsabilidad de mando a la luz de la Sentencia C-674 del 2017**

19 de Julio del 2018

John Zuluaga

LL. M y Doctor en Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania)  
Profesor asociado de la Universidad Sergio Arboleda

El pasado 13 de julio de 2018, se publicó (¡por fin!) la Sentencia C-674 del 2018 y con ella se da a conocer la evaluación completa de constitucionalidad al Acto Legislativo 01 del 2017 (A. L. 01/17). Entre los múltiples aspectos examinados, la Corte Constitucional evaluó el artículo 24 de esa reforma, contenido de la

regulación sobre responsabilidad de mando. En esta evaluación, la Corte se

preguntó si el artículo 24 y los criterios de regulación de la responsabilidad de mando devienen en una anulación de la prohibición general de impunidad, es decir, el deber general del Estado de investigar, juzgar y sancionar responsables por graves violaciones a los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario (deber de perseguir).

Con esto, va más allá del juicio de compatibilidad frente al artículo 28 del Estatuto de Roma (E. R.), frecuentemente exigido como criterio de interpretación del artículo 24 del A. L. 01/17. La Corte sostiene que la falta de réplica de las fórmulas del Derecho Penal Internacional en el derecho interno no significa anular el deber de perseguir (párr. 5.5.1.6). Así lo entiende, también, pues concibe al artículo 28 del E. R. solo como un mandato general de criminalización que se puede concretar a través de diferentes estructuras de imputación penal. De hecho, para la Corte, este es el principal argumento para concluir que el deber de perseguir no se desvirtúa con la concepción de que el artículo 24 contiene sobre responsabilidad de mando, en tanto los operadores judiciales cuentan con un amplio repertorio de títulos de imputación (párr. 5.5.1.10.).

Si bien la Corte confirma que la responsabilidad de mando en los términos del artículo 24 se dirige solo a la fuerza pública (párr. 5.5.1.12.), distingue entre la figura de la responsabilidad de mando y la de máximos responsables para advertir que los delitos graves y representativos cometidos en el marco del conflicto armado no dejarán de ser investigados y juzgados. En otras palabras, tratándose de otras organizaciones armadas diferentes a la fuerza pública, también los máximos responsables pueden ser perseguidos (párr. 5.5.1.12), pues los operadores judiciales siguen disponiendo de otras herramientas normativas para imputar penalmente. El alto tribunal advierte que la responsabilidad de mando fue concebida para criminalizar lo referido a la omisión en el deber de control de los subordinados. Desde este punto de vista, distingue la responsabilidad de mando frente a la figura de máximo responsable, a quien entiende como aquel que cumple un rol esencial en una acción criminal (párr. 5.5.1.11.).

La argumentación del fallo parece concebir al máximo responsable como una estructura de imputación penal y no como –lo que define su real alcance– un criterio de selección y/o priorización de casos. El confuso tratamiento de esta figura (“máximo responsable”) tiene históricos antecedentes tanto en la concepción del marco jurídico para la paz (véase mi columna sobre el MJP) como en la Directiva 001 de 2012 de la Fiscalía (véase mi estudio sobre justicia transicional y criminalidad política, pág. 67). Lo que debería dejarse claro es que el concepto “máximo responsable” no es un dispositivo compensatorio de la responsabilidad de mando para la persecución de grupos armados organizados distintos a la fuerza pública. Una cosa es lo que la Corte denomina estructuras de imputación

penal (autoría mediata, coautoría, etc.) y otra cosa los criterios de selección y priorización (p. e. máximo responsable). Además, no puede ser un dispositivo compensatorio, si se considera que los artículos 66 y 67 de la Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) e, incluso, el mismo acuerdo sobre víctimas (num. 44 y 59), establecen la posibilidad de definir responsabilidad de integrantes de organizaciones rebeldes y mandos de las FARC a la luz de los criterios que definen la responsabilidad de mando. Esa ley estatutaria amplía el ámbito subjetivo de aplicación de la responsabilidad de mando, por lo cual la estricta delimitación planteada en el artículo 24 (solo para fuerza pública) resulta ex ante replanteada.

Adicional a lo anterior, el tratamiento conceptual que se da en la sentencia a la figura responsabilidad de mando resulta insatisfactorio si se tiene en cuenta que no logra delimitar el alcance de todos los criterios contenidos en el artículo 24. El análisis más profundo de aspectos como el elemento subjetivo (conocimiento real o presunto de comisión de crímenes) es omitido a lo largo y ancho de la sentencia. Lo mismo sucede con asuntos como la valoración de las medidas de prevención y represión que deben adoptarse por el comandante frente a los delitos de sus subordinados. Estos aspectos fueron ampliamente debatidos por la Sala de primera instancia y la Sala de apelaciones de la Corte Penal Internacional en el caso Bemba, lo cual no se menciona en ningún aparte de la Sentencia C-674 de 2017.

Como ya lo había anotado en otro momento (véase mi columna en ámbito jurídico) centrarse solo en la noción responsabilidad de mando o la de máximo responsable o confundir ambas,

reduciría la posibilidad de comprender un panorama más amplio de la violencia organizada y establecer inter alia los roles en una organización así como las relaciones de mando y cooperación entre actores del conflicto.” Texto completo de la sentencia siguiendo el vínculo: **C674-17.**

***<https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/constitucional-y-derechos-humanos/la-responsabilidad-de-mando-la-luz-de>***



**Berledis Banquez Herazo**  
Relatora  
[relatoriatribunajpm@justiciamilitar.gov.co](mailto:relatoriatribunajpm@justiciamilitar.gov.co)  
Tel: 60(1) 3150111 Ext 42006  
Carrera 46 No. 20C-01  
Cantón Militar Occidental  
"Coronel Francisco José de Caldas"  
Palacio de Justicia Penal Militar y Policial  
"T.F. Laura Rocío Prieto Forero"  
Bogotá, Colombia