



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 ENERO 2021

### 1. ATAQUE INFERIOR/SUPERIOR.

**Configuración.** Para la adecuación típica objetiva del delito de ataque al inferior y ataque al superior, se requiere la presencia de unos elementos especiales que estructuran estas conductas punibles, así: i) un sujeto activo que ostente la condición de superior o inferior jerárquico en grado, antigüedad o categoría del agredido; ii) correlativamente el carácter de superior o subalterno en grado, antigüedad o categoría del uniformado sobre quien recae el ataque; iii) la ejecución de un ataque por vías de hecho, y; iv) que ese ataque se produzca en actos relacionados con el servicio. **ATAQUE AL INFERIOR. Actos del servicio como ingrediente normativo.** Cuando la ley señala que la conducta debe producirse en el marco del servicio, no se refiere en modo estricto a las tareas puramente operativas, sino que dicho concepto comprende el desarrollo de actividades de instrucción, entrenamiento y operaciones al igual que aquellas actividades administrativas y logísticas que se desarrollan al interior del estamento castrense para permitirle cumplir con los fines constitucionales asignados a la Fuerza Pública, como corresponde a la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y la vigencia de un orden constitucional, al igual que el mantenimiento de las condiciones para que los ciudadanos ejerzan sus derechos y libertades públicas. Concepto que para ser adecuadamente entendido debe apreciarse de conformidad con el contenido dogmático de este tipo penal, de manera que, la relación con el servicio como ingrediente

normativo se predica respecto de una conducta activa desarrollada por el agente que tiene origen, conexión o correspondencia con el servicio. En otras palabras, el ataque por vías de hecho ha de producirse como consecuencia del servicio militar o policial que desarrolla el sujeto activo de la conducta punible. **BILATERALIDAD TÍPICA. Delito de ataque.** Cuando en forma voluntaria un superior y un subalterno deciden agredirse mutuamente durante un acto propio del servicio, siendo conscientes previamente de su grado y jerarquía militar, se genera una riña o lucha que conlleva a la hipótesis de bilateralidad típica, figura en la que convergen los punibles de ataque al inferior y ataque al superior, de manera que el comportamiento que se despliega corresponde a un atentado contra la disciplina militar como bien jurídico tutelado, siendo necesaria la intervención del derecho penal frente a este tipo de conductas que revisten un serio riesgo al régimen de sujeción que debe existir entre superiores y subordinados en el ámbito castrense y policial. **ATAQUE AL INFERIOR/SUPERIOR. Vías de hecho.** Respecto al ataque por vías de hecho como ingrediente normativo del tipo, la doctrina y la jurisprudencia han establecido que son “vías de hecho” aquella transgresión manifiesta, evidente y grosera de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política y en las leyes. En esas condiciones, para el ámbito castrense tienen lugar cuando el superior o subalterno obran de manera arbitraria e injusta, impulsado por su antojo o capricho, vulnerando los derechos básicos de otro militar

o policial. **DISCIPLINA. Como bien jurídico tutelado en delitos de ataque.** Solo se verá amenazado si la agresión de un uniformado a otro se produce en desarrollo de actos relacionados con el servicio, dado que, de presentarse ataques verbales o físicos, producto de una relación ajena al servicio ninguna afectación registrará el bien jurídico de contenido institucional, puesto que dicha situación se encontrará enmarcada en el ámbito particular y será solo punible cuando se afecta efectivamente la integridad moral o física de quien sufre el ataque. **ACTOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO. Tareas administrativas. PRUEBAS. Contradicción en la Ley 522 de 1999.** El proceso penal de corte inquisitivo rituado por la Ley 522 de 1999 le permite a las partes controvertir y aportar pruebas durante las etapas procesales pertinentes, siendo dicha actividad una de las muchas manifestaciones del derecho de defensa plasmado en el artículo 29 de la Constitución Política, es entendible que el proceso penal militar reglado por el marco jurídico de la Ley 522 de 1999 es de naturaleza reservada, pero dicha regla no aplica para las partes, las cuales tienen pleno acceso al expediente en todas y cada una de las etapas procesales con el fin que se enteren de las actuaciones judiciales que allí se ventilan, dinámica que le permite al procesado y a su apoderado plantear una estrategia defensiva favorable a sus intereses, actividad que por supuesto incluye aportar y controvertir las pruebas que se alleguen a la investigación donde rigen los principios de contradicción, permanencia y libertad probatoria, entre otros. **VIDEOS (grabaciones).** Ley 522 de 1999. Aducción y valoración. **CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA. Improcedencia en delitos contra la disciplina.** La improcedencia de la aplicación del citado subrogado penal en

la jurisdicción foral para ciertos delitos, entre los que se encuentran aquellos que atentan contra el bien jurídico de la disciplina ha sido avalada por la Corte Constitucional, con argumentos de política criminal relacionados con la finalidad de la norma y especialidad la jurisdicción castrense que prevalecen sobre el derecho de igualdad, pero más allá de ello, porque la intención del legislador al excluir la suspensión condicional de la ejecución de la pena para ciertos punibles en esta jurisdicción fue desincentivar la ocurrencia de delitos intrínsecos a la Fuerza Pública que quebrantan bienes jurídicos específicos, verbigracia la disciplina. **LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA. Alcance.** En ejercicio de la potestad de configuración normativa y de diseño de la política criminal del Estado, el legislador puede determinar cuándo es necesario privar de la libertad a una persona responsable de haber cometido una conducta punible. Para ello, puede definir cuáles conductas son socialmente reprochables y cuáles han dejado de serlo, puede determinar cuándo procede la privación de la libertad y cuándo es necesario imponer sanciones menos gravosas o también establecer beneficios o subrogados penales cuando a pesar de tratarse de conductas socialmente reprochables que en principio dan lugar a la pérdida temporal de la libertad personal, existen circunstancias que señalan que resulta innecesaria la reclusión en un establecimiento carcelario. Por eso, es en ejercicio de dicha potestad que el legislador estableció la figura de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. **CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA. Requisitos.** Se encuentra supeditado al cumplimiento de los requisitos de carácter objetivo y subjetivo establecidos normativamente para el efecto, por lo que, de no cumplirse los primeros

innecesarios es efectuar el análisis de los segundos. Por esta razón, este beneficio no opera de manera automática, pues el juez debe evaluar no solamente que la pena de prisión impuesta no supere el lapso fijado, así como los antecedentes del condenado y la gravedad de la conducta para determinar si es o no necesaria la ejecución de la condena privativa de la libertad, por esta razón, el numeral 2º del artículo 63 del Código Penal Militar impone al funcionario judicial el deber de establecer a través de los elementos probatorios recaudados la personalidad del condenado, las características de la conducta o modalidades de ejecución, su relación con el bien jurídico tutelado, extensión del daño y recuperación social, con el propósito de determinar si resulta necesario mantener privado de la libertad al condenado en procura del cumplimiento de los fines de la pena como corresponde a la prevención especial, la reinserción social, la retribución justa y la prevención general. Subrogado que puede otorgarse en la sentencia o durante la ejecución de la pena y que contempla similares requisitos a los instituidos en el anterior ordenamiento penal militar, como corresponde a: i) que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años, ii) que 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, y iii) que no se trate de delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la Fuerza Pública o de inutilización voluntaria. **RAD. 158871-MARZO-2021, CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ**

**2. DEBIDO PROCESO SANCIONATORIO.**  
**Alcance.** El debido proceso sancionatorio

está integrado por el respeto del principio de legalidad y de proporcionalidad en la imposición de la pena, seguimiento de los lineamientos legales para la individualización de la sanción y el acatamiento del deber de motivar suficientemente y con afincamiento de un sustentado razonamiento probatorio el procedimiento de dosificación. Si se desconoce alguno de estos elementos la fijación de la consecuencia punitiva se torna irrefragablemente en atentatoria del debido proceso. **CONFESIÓN. Rebaja punitiva.** Alcance de "fundamento de la sentencia". Lo decisivo para otorgar la rebaja es que la confesión sin hesitación alguna sea útil para fundamentar la condena y evite un desgaste innecesario para la administración de justicia como función esencial del modelo político de estado imperante. El descuento punitivo aun cuando la admisión de los hechos sea parcial. **MOTIVACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS. Defectos.** i) ausencia absoluta de motivación, ii) motivación incompleta o deficiente, iii) motivación ambivalente o dilógica y iv) motivación falsa, aparente o sofisticada. Los tres primeros defectos aparejan la nulidad del pronunciamiento a efectos de corregir el yerro y garantizar el adecuado ejercicio del derecho a la contradicción y el debido proceso, no así la última, la cual, por constituir un vicio de juicio obliga a revocar la decisión que adolezca del mismo y a emitir pronunciamiento de reemplazo. **PRINCIPIO DE LEGALIDAD.** Reseña jurisprudencial. **REDOSIFICACIÓN PUNITIVA. Procedimiento.** (un caso en el que se reconoció irregularmente la confesión). **NOTIFICACIÓN CORREO ELECTRONICO. Acuse de recibo.** Cuando se utiliza el correo electrónico como instrumento de enteramiento, no demanda de manera perentoria y exclusiva del denominado "acuse de recibo" como formalidad ad

probationem o tarifa legal para acreditar la recepción de una notificación por medios electrónicos y, por razón de ello, tampoco de trámites supletorios. Ello, no obsta para que, a efectos de calcular el inicio de los términos de ejecutoria de la decisión, se solicite a los por notificar aquel acuse de recibo o constate por otro medio el acceso de los destinatarios al mensaje, esto en los términos del Decreto Legislativo 806 de 2020 y de la sentencia C-420 de 2020. **RAD. 159361-MARZO-2021, CN (R). JULIÁN ORDUZ PERALTA.**

### **3. JURISDICCIÓN CASTRENSE VS. ORDINARIA. Medidas de aseguramiento.**

La jurisdicción castrense tiene una regulación especial y diferente de la jurisdicción ordinaria tanto en lo sustantivo como en lo procedimental, en atención a los sujetos destinatarios de la ley, como de los bienes que se protegen y a las condiciones especiales derivadas de la función que corresponde a la Fuerza Pública, por lo que la disparidad que pueda existir en el diseño de la regulación, bien sustancial como adjetiva, por sí misma no conlleva un desconocimiento de la Carta Superior. Bajo esa comprensión, vemos cómo el legislador estableció para la jurisdicción especial, por razones constitucionalmente válidas y por política criminal, un régimen completo y diferente que disciplina las medidas de aseguramiento aplicable a los miembros de la Fuerza Pública objeto de investigación, por tanto, el principio de integración, que surge en la idea de equiparar nuestro régimen especial con el ordinario, de integrarlo y armonizarlo con el ordenamiento jurídico interno, sólo será aplicable cuando exista un verdadero vacío en nuestra legislación, a condición, claro está, que la importación de las normas no desnaturalice el respectivo procedimiento. **AUTO RESUELVE SITUACIÓN JURIDICA PROVISIONAL.**

**Requisitos.** Conforme a la ley punitiva castrense, al momento de definir la situación jurídica se deberá tener en cuenta que los presupuestos para proferir la medida de aseguramiento de detención preventiva se reducen a unos requisitos formales, sustanciales y los fines que se persiguen con la imposición de la medida restrictiva de la libertad, por tanto, si faltare uno de ellos, la decisión a tomar es la de abstenerse de imponer medida de aseguramiento.

#### **ASEGURAMIENTO**

#### **MEDIDA DETENCIÓN**

**PREVENTIVA. Procedencia.** La detención preventiva, tiene lugar cuando: i) se proceda por delitos que tengan prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años, ii) se trate de delitos que atenten contra el servicio o la disciplina, cualquiera que sea la sanción privativa de la libertad; iii) se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión y, iv) cuando el procesado, injustificadamente, se abstenga de otorgar la caución prendaria o juratoria dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que la disponga, o del que resuelva el recurso de reposición, o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendaria que hubiere prestado. **MEDIDAS ASEGURAMIENTO.**

**Ley 522 de 1999.** Las medidas de aseguramiento para los imputables en la jurisdicción penal militar son la conminación, la caución y la detención preventiva. **MEDIDAS ASEGURAMIENTO.**

**Ley 1407 de 2010.** El legislador estableció dos tipos de medidas de aseguramiento; una privativa de la libertad y otras no privativas de la libertad. **MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO. Proporcionalidad.** El juicio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad

medios–fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. La proporcionalidad es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales, juicio que quedará superado cuando: i) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; ii) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; iii) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto y, iv) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada; etapas que coinciden con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad.

**MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. Es de carácter provisional.**

La medida de aseguramiento impuesta al momento de resolver la situación jurídica no constituye un juicio de responsabilidad definitivo, como tampoco una pena, su aplicación es compatible con el respeto por el principio de la presunción de inocencia y en consecuencia no comporta una presunción de culpabilidad, se trata de una decisión de carácter provisional, con connotación de ejecutoria formal, razón suficiente para no compartir lo expuesto por el apelante en este sentido. **TIPICIDAD SUBJETIVA. Dolo.** El dolo como aspecto subjetivo del tipo penal que se examina en la tipicidad es simplemente avalorado, en cuanto el conocimiento exigido es meramente potencial dado que no comporta la comprensión de la antijuridicidad, como ocurre en el dolo valorado que requiere un conocimiento

efectivo, actual y actualizable, el cual debe examinarse en el juicio de culpabilidad.

**MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. Fin comparecencia al proceso.** Conforme a la finalidad prevista en el numeral 3º del artículo 466 de la Ley 1407 de 2010, ciertamente la gravedad del delito y la pena imponible no son factores que per se determinen una posible huida del acusado al cumplimiento de la sanción que eventualmente se le imponga, siendo necesario que a partir de los medios probatorios allegados a la investigación se pueda inferir por lo menos uno de los factores determinados en el artículo 312 del Código Procesal Penal de 2004, para el caso concreto. Uno de esos factores es la falta de arraigo a la comunidad. Debe comprenderse por arraigo la condición social y el establecimiento de una persona de manera permanente en un lugar con ocasión de sus vínculos sociales, determinados, por ejemplo, por la pertenencia a una familia, a un grupo, a una comunidad, a un trabajo o actividad, así como por la posesión de bienes, por tanto, el incumplimiento de deberes en nada permite valorar esa condición social. Otro factor a evaluar para inferir la no comparecencia del sindicado es su comportamiento durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena. **RAD. 159410-MARZO-2021, BG. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.**

**NOTA:** Para ver todas las providencias de marzo con el resumen de sus respectivos temas siga este vínculo: [MARZO/2021](#) (archivo disponible en la carpeta pública de la Relatoría).

## II. PRONUNCIAMIENTO RELEVANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**SP367-2021, Radicación No. 48015 del 17 de febrero de 2021**<sup>1</sup>(con dos salvamentos de voto). La Corte Suprema de Justicia al resolver un recurso de casación contra una sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, analizó las facultades que tiene el Juez de conocimiento frente a los allanamientos y preacuerdos. En el siguiente sentido fue el pronunciamiento:

*“2. A la par con el problema probatorio planteado en la demanda, la solución del caso obliga a adentrarse en el estudio del debido proceso abreviado, en la medida que los intervinientes en la audiencia de sustentación del recurso cuestionaron la solución otorgada al caso por cada una de las instancias.*

*En efecto, la primera instancia absolvió a JUAN DAVID ESCOBAR AMBUILA porque a pesar de aceptar su responsabilidad en el cargo formulado, la prueba química definitiva de la sustancia incautada develó que no contenía estupefacientes, por lo que consideró imposible emitir un fallo de condena. El Tribunal, por su parte, revocó la absolución y condenó al procesado con apoyo en la evaluación de las evidencias físicas y elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía, dado que a la admisión de responsabilidad sigue necesariamente un fallo de condena.*

*Pues bien, la Sala anulará la actuación desde la audiencia del 19 de junio de 2015 en la que se aprobó el acuerdo suscrito*

*entre la Fiscalía y el acusado porque, acorde con el debido proceso del procedimiento abreviado, no es posible que la aceptación de responsabilidad -vía allanamiento o preacuerdo-, culmine con sentencia absolutoria, como ocurrió en este caso.*

*Los hechos jurídicamente relevantes del proceso se contraen a que el 5 de diciembre de 2014, cuando pretendía volar de Bogotá a Madrid en España, fueron encontrados en el equipaje de JUAN DAVID ESCOBAR AMBUILA 1228,9 gramos de una sustancia que en la prueba preliminar arrojó positivo para cocaína, por lo cual se le imputó la autoría del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad llevar consigo, cargo que en principio no fue aceptado por el imputado.*

*Sin embargo, radicado el escrito de acusación, pero antes de celebrarse la audiencia correspondiente, la Fiscalía y JUAN DAVID ESCOBAR AMBUILA suscribieron preacuerdo en virtud del cual éste aceptó su responsabilidad en el delito imputado a cambio de que se degradara el título de participación de autor a cómplice.*

---

<sup>1</sup> Sala de Casación Penal, MP. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

El juez de conocimiento impartió aprobación al preacuerdo al constatar que la aceptación de responsabilidad fue libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por el abogado defensor, pero como el informe pericial practicado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses a la sustancia incautada había sido incorporado sin el acápite de resultados, ordenó aportarlo completo y, enseguida, corrió el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, cuando se allegó la totalidad del informe pericial, el juez advirtió que las muestras revisadas no contenían estupefacientes y, por ello, profirió sentencia absolutoria.

Pues bien, el artículo 29-1 de la Constitución establece que el debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuación judicial. Ello porque la administración de justicia no puede lograrse de cualquier manera sino respetando los derechos fundamentales de las partes e intervinientes, propósito que se logra acatando las formalidades esenciales establecidas en la Constitución y en la ley. Por ello, el inciso 2º prevé que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de las formas propias de cada juicio.

Conviene recordar que el «juicio de imputación» corresponde, de manera exclusiva, a la Fiscalía General de la Nación, que, en cumplimiento de dicha función, debe proceder cuidadosamente, dada la trascendencia del acto en la estructura del proceso.

La imputación cumple tres funciones fundamentales: (i) garantizar el ejercicio del derecho de defensa, (ii) sentar las bases para el análisis de la detención

preventiva y otras medidas cautelares, y (iii) delimitar los cargos frente a los que podría propiciarse la emisión anticipada de una sentencia condenatoria, bien porque el imputado se allane a los cargos o celebre un acuerdo con la Fiscalía.

Sobre la última función, la Sala ha señalado que el carácter vinculante de una alegación de culpabilidad no excluye el deber del juez de verificar que se trata de una conducta típica, antijurídica y culpable y que está demostrada con las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía. Probados esos aspectos, previo a aprobar la manifestación de culpabilidad del procesado -arts. 293, 351 y 369.2-, el juez deberá establecer que la aceptación de responsabilidad es «libre, consciente, voluntaria y debidamente informada», asesorada por el defensor técnico y respetuosa de las garantías fundamentales (arts. 8.1 y 293 parágrafo). Sólo en estas condiciones será posible dejar de tramitar el juicio y se tornará imperativo para el funcionario dictar sentencia inmediata y conforme a los términos en que fue admitida la acusación.

De esta manera, la aceptación del allanamiento y del preacuerdo limita la facultad decisoria del juez de conocimiento en dos aspectos: (i) en cuanto al momento en que debe dictar sentencia, porque ya no será el ordinario legal, es decir, al finalizar el juicio oral, y (ii) en cuanto al sentido de la decisión, pues esta sólo podrá ser condenatoria (CSJ SP5400 de 2019).

(...)

El artículo 369-2 precisa que frente a la alegación de responsabilidad el juez puede aceptarla y, en consecuencia, dicta la respectiva sentencia condenatoria o la rechaza y adelanta el juicio «como si hubiese habido una manifestación de

inocencia». De esta manera, la única consecuencia jurídica posible de la improbación de aquélla será la continuación del trámite procesal ordinario y, en caso de haberse avalado un allanamiento irregular, esta decisión tendrá que ser removida para que recobre vigencia la presunción de inocencia y el principio de jurisdiccionalidad a plenitud.

Lo anterior porque los allanamientos y preacuerdos son formas de negociación entre la defensa y la fiscalía que implican renuncias mutuas de ambas partes: el procesado se abstiene de ejercer los derechos a no autoincriminarse y a tener un juicio con todas las garantías descritas en el literal k del artículo 8; mientras que el ente acusador pierde la oportunidad de realizar ajustes fácticos y/o jurídicos a la imputación y a la acusación, así como de continuar la investigación con la posibilidad de hallar más evidencias del delito – CSJ SP2042-2019-.

En suma, siguiendo los planteamientos consignados en nuestra decisión SP5400 de 2019, ante la manifestación de culpabilidad del procesado, el juez de conocimiento sólo puede (i) aprobarla y dictar la sentencia condenatoria consecuente o (ii) rechazarla si quebranta garantías fundamentales y continuar el trámite procesal ordinario. Pero si adoptó la primera determinación frente a un allanamiento irregular, situación reflejada en este caso, en el que no se contaba con la prueba mínima de la materialidad del delito, como es la calidad de la sustancia incautada y sus peso, lo procedente será decretar la nulidad de la decisión aprobatoria del preacuerdo para que, en su lugar, se profiera el correspondiente rechazo y se continúe el proceso.

Y aunque la postura jurisprudencial anterior al pronunciamiento del 10 de

diciembre de 2019 – CSJ SP5400-2019- establecía la posibilidad de emitir fallo absolutorio para proteger las garantías fundamentales sin que fuera necesario decretar la nulidad, esa tesis no aplica al caso porque la interpretación sobreviniente de la Sala impone la anulación del proceso desde la audiencia de aprobación del preacuerdo, dado que este quedó sin soporte probatorio ante la conclusión contenida en el dictamen pericial definitivo.

(...)

3. En efecto, acorde con lo establecido por la Sala en los precedentes SP2073 de 2020 y 52311 del 11/12/18, cuando las partes acuden a la terminación anticipada de la actuación penal, por allanamiento a cargos o por celebración de preacuerdos, le corresponde al juez verificar si están dados todos los presupuestos para emitir una sentencia condenatoria, esto es, (i) la existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que corroboren la tipicidad de la conducta, (ii) el aporte de evidencias físicas e información legalmente obtenida que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado, (iii) la claridad de los términos del acuerdo a efectos de precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica corresponde a la materialización del principio de legalidad y en qué eventos es producto de los beneficios acordados por las partes, (iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, sea por la modalidad y cantidad de los mismos o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos, y (v) que la renuncia al juicio del procesado haya sido libre, informada y asistida por su defensor.

En este caso, el juez encargado de corroborar la legalidad del preacuerdo, al aprobarlo no verificó que las evidencias físicas e información aportada por la Fiscalía cumplieran con la exigencia del artículo 327 de la Ley 906 de 2004 sobre la existencia de <<un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta(SIC) y su tipicidad>>, presupuesto orientado a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado e impedir que la sola <<confesión>> soporte la condena”. Provéido completo siguiendo el hipervínculo: **RAD. No. 48015 del 17 de febrero de 2021**

**SP729-2021, Radicación No. 53057 del 03 de marzo de 2021**<sup>2</sup>. La Corte Suprema de Justicia al resolver un recurso de casación contra una sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del distrito Judicial de Ibagué, efectuó algunas precisiones sobre reglas probatorias, analizando ampliamente el valor probatorio de las actas de incautación. En el siguiente sentido fue el pronunciamiento:

*“4.2.2.1. El valor probatorio de las actas de incautación. En primer término, debe recordarse que el sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004 diferencia las fases de investigación y de juzgamiento, las que, a su vez, se dividen en etapas, a saber, la de indagación e investigación, para la primera, y la de acusación, preparatoria y juicio, para la segunda.*

*Tras más de 15 años de vigencia de este modelo procesal, es pacífico que la sentencia solo puede tener como sustento*

*las pruebas que hayan sido practicadas en el juicio oral, con inmediatez, concentración, contradicción, confrontación, etcétera, tal y como lo dispone expresamente la norma rectora prevista en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004. Lo anterior, sin perjuicio de algunos casos excepcionales de admisión de prueba de referencia.*

*Sobre esa base, el legislador reguló aspectos trascendentes del sistema penal, que resultan novedosos si se compara el modelo previsto en la Ley 906 de 2004 con los que le preceden (Ley 600 de 2000, Decreto ley 2700 de 1991, entre otros), caracterizados por la permanencia de la prueba y por la mínima consagración de reglas de evidencia, lo que facilitaba el ingreso de mucha más información, sin mayores miramientos a su confiabilidad y a la materialización de las garantías debidas al procesado.*

*Sin duda, se trata de un cambio considerable, cuya asimilación puede dificultarse, principalmente si las nuevas reglas de evidencia se abordan a la luz de la tradición procesal en la que se insertan la Ley 600 de 2000 y los otros regímenes procesales que han tenido vigencia en el país. En efecto, ello puede dar lugar a que la nueva reglamentación se considere como un obstáculo innecesario o como un culto irreflexivo a las formas, que afecta gravemente la eficacia de la administración de justicia.*

*Para enfrentar esa situación, la Sala ha realizado un proceso paulatino de explicación de dichas reglas, en orden a*

---

<sup>2</sup> Sala de Casación Penal, MP. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

desarrollar sus dos principales dimensiones: (i) la materialización de las garantías debidas al procesado, tanto las consagradas en tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia, como las previstas en el ordenamiento interno; y (ii) el objetivo de que los jueces cuenten con la mejor evidencia posible para tomar sus decisiones.

En materia de prueba testimonial, se ha resaltado que la Ley 906 de 2004 regula ampliamente el derecho a la confrontación, erigido en garantía judicial mínima del procesado en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 8 y 14, respectivamente (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras). Igualmente, ha resaltado que este derecho está expresamente consagrado en las normas rectoras 8 y 16 del ordenamiento procesal penal, y encuentra un desarrollo específico en la reglamentación del interrogatorio cruzado de testigos (ídem).

En la misma línea, la Sala ha analizado los elementos estructurales de esa garantía judicial mínima, entre los que se destacan: (i) el control del interrogatorio, (ii) la posibilidad real de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, con las prerrogativas dispuestas para el contrainterrogatorio y, en general, para la impugnación de la credibilidad; y (iii) la posibilidad de lograr la comparecencia forzosa de los testigos.

Sobre esta base conceptual, la Sala ha decantado que las declaraciones rendidas por los testigos antes del juicio oral pueden ser utilizadas de dos formas diferentes en este escenario, a saber: (i) para facilitar el interrogatorio cruzado, a través del refrescamiento de memoria o la

impugnación de la credibilidad; y (ii) como prueba, en los casos excepcionales de admisión de prueba de referencia y de testimonio adjunto, cuando el testigo se retracta o cambia la versión. Todos esos eventos están sometidos a reglas precisas, orientadas a garantizar el debido proceso (CSJSP, 17 ene 2017, Rad. 44950; CSJSP, 20 may 2020, Rad. 52045, entre muchas otras).

Sobre el concepto de prueba de referencia, se tiene claro que se trata de: (i) declaraciones, (ii) rendidas por fuera del juicio oral, (iii) que se llevan al juicio oral, (iv) como medio de prueba, esto es, para demostrar uno o varios de los aspectos que integran el tema de prueba; y (v) cuando no es posible su práctica en el juicio (Art. 437, analizado en CSJSP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras).

También está claro que la aceptación de prueba de referencia conlleva las siguientes cargas para la parte que pretende utilizar este tipo de declaraciones para fundamentar su teoría del caso: (i) explicar la pertinencia de la declaración, (ii) demostrar la existencia de una causal excepcional de admisión de prueba de referencia; (iii) hacer la solicitud oportunamente; (iv) precisar cuál es el medio a través del cual se incorporará la declaración anterior –testimonio, documento, etcétera); y (v) realizar la incorporación en el momento procesal adecuado (CSJSP, 28 oct. 2015, Rad. 44056, entre muchas otras).

La Sala ha precisado que el carácter testimonial de una evidencia recaudada antes del juicio no depende de que la misma esté documentada o no. Así, por ejemplo, si una entrevista queda vertida en un documento (escrito, audio, video, etcétera), por ello no pierde su carácter testimonial. En el mismo sentido,

*aunque los informes de policía son en estricto sentido documentos públicos, ello no afecta su carácter declarativo, como cuando en ellos el policía de vigilancia narra las circunstancias bajo las cuales capturó al procesado o el policía judicial describe lo que observó al llegar a la escena del crimen o al allanar un inmueble (CSJAP, 30 mar 2015, Rad. 46153; CSJAP, 8 mar 2018, Rad. 52882, entre otras).*

*Si la Fiscalía pretende servirse de esa información para soportar su teoría del caso, resulta imperioso: (i) presentar al testigo en juicio; (ii) para que la defensa tenga la oportunidad de interrogarlo y de impugnar su credibilidad; (iii) salvo que el testigo se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 y el acusador realice los procedimientos y cumpla las cargas argumentativas inherentes a la solicitud de prueba de referencia; (iv) o el testigo se retracte o cambie su versión en el juicio oral, y la parte interesada agote los trámites previstos para la admisión del testimonio adjunto; y (v) sin perjuicio de la utilización de esa información para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad del testigo.*

*De lo contrario, el mandato previsto en la norma rectora 16 de la Ley 906 de 2004 se tornaría inoperante, porque, por regla general, las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral están documentadas de alguna manera. Por esa misma vía, la garantía judicial mínima prevista en la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14) no podría ser materializada, ya que buena parte de las sentencias estarían basadas en declaraciones frente a las cuales el acusado no pudo ejercer el derecho a la confrontación.*

*Aunque la materialización de los derechos del procesado constituye razón suficiente para acatar las reglas previstas para la prueba testimonial, no puede perderse de vista que las mismas también están orientadas a desarrollar el concepto de mejor evidencia, bajo el entendido de que lo será una declaración cuando: (i) es posible controlar que no se formulen preguntas sugestivas, capciosas, etcétera; (ii) el testigo puede ser interrogado a la luz de las diversas teorías factuales propuestas por la partes; (iii) se garantiza el contrainterrogatorio y, en general, la posibilidad de impugnar su credibilidad; (iv) el juez puede realizar preguntas aclaratorias; y (v) la prueba se practica con inmediación, concentración y publicidad.*

*Lo anterior se ve claramente reflejado en el asunto sometido a conocimiento de la Sala, pues en las declaraciones anteriores al juicio oral los policiales dijeron haber visto cuando el procesado se deshizo de un arma de fuego, mientras que en el juicio aclararon que ello no es cierto. Así, de haberse contado únicamente con la versión rendida antes del juicio oral, la Judicatura hubiera basado su decisión en información imprecisa, lo que, por obvias razones, puede afectar gravemente el acierto de esta.*

*A la luz del anterior desarrollo jurisprudencial, la Sala analizará lo concerniente a las actas de incautación.*

*En primer término, debe aclararse que este tipo de documentación debe ser diligenciada en diversas actuaciones de la policía (de vigilancia o judicial), principalmente las que implican la afectación de derechos fundamentales: allanamiento y registro, captura, incautación, entre otras.*

Esas actas contienen información perfectamente diferenciable, a saber: (i) el relato o descripción que hace el servidor público sobre el procedimiento, los hallazgos y demás aspectos de interés, y (ii) en ocasiones, se requiere que la persona afectada suscriba el documento.

Lo primero, esto es, el relato o descripción que hace el servidor público constituye una declaración rendida por fuera del juicio oral, con un claro carácter incriminatorio, pues allí se hace alusión a los motivos de la captura (cuando se trata de la privación de la libertad), las evidencias encontradas en el inmueble (en casos de allanamiento y registro), el tipo de evidencias y el lugar donde supuestamente eran portadas por el aprehendido (en los eventos de incautación), etcétera.

Como se trata de una declaración claramente incriminatoria, o, visto de otra manera, de un testigo de cargo, se activan para el procesado todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, entre las que se destacan el ejercicio del derecho a la confrontación, lo que tiene aparejada la obligación de que el testigo comparezca al juicio oral, salvo los eventos excepcionales de admisión de prueba de referencia.

De otro lado, la firma estampada por la persona afectada con el procedimiento no puede tomarse como una especie de confesión o aceptación de los hechos narrados por el servidor público encargado de elaborar la respectiva acta, por las siguientes razones:

Primero, porque el acta no contiene una declaración del afectado. En estos casos, la firma (como en el acta de derechos del capturado, en el acta de allanamiento y, cuando sea el caso, en el acta de incautación) constituye un mecanismo de

control a la actuación estatal, orientado a que la afectación de derechos fundamentales no desborde los límites constitucionales y legales.

Al margen de que la firma no entraña una descripción de hechos, es claro que el ordenamiento jurídico tiene dispuesto el mecanismo para obtener información de parte del indiciado, imputado o acusado, a saber, el interrogatorio regulado en el artículo 282 de la Ley 906 de 2004, que consagra entre sus requisitos la comunicación del derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política y la presencia de un abogado defensor.

A propósito del derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política, la Sala ha precisado que, por expresa disposición legal, el mismo se activa: (i) cuando el Estado tiene información suficiente para considerar que un ciudadano en particular puede ser autor o partícipe del delito objeto de investigación (Art. 282); (ii) con la captura (Arts. 126 y 301 y siguientes); y (iii) con la formulación de la imputación (Arts. 126 y 286 y siguientes) (CSJSP, 23 nov 2017, Rad. 45899, entre muchas otras.

Concluir lo contrario, implicaría aceptar que en los casos de captura, allanamiento y registro, incautación, etcétera, las actas elaboradas por el policial o el investigador, y la firma que estampe la persona afectada con el procedimiento –cuando haya lugar a ello-, prácticamente constituyen prueba irrefutable de la ocurrencia de la conducta punible, bien porque en el documento se describe la relación del ciudadano con un delito en particular (porte de armas, de narcóticos, las razones de la captura en flagrancia, entre otras), y porque existe una firma del afectado con el procedimiento, que implica, según esa forma de ver las

cosas, la convalidación de la información y, por esa vía, la aceptación de responsabilidad.

*Esa postura es equivocada, principalmente porque implica la negación del proceso como escenario legítimo para la determinación de los hechos penalmente relevantes y, consecuentemente, la abolición de las garantías debidas al sujeto pasivo de la pretensión punitiva estatal, que encuentran un verdadero desarrollo en las reglas de evidencia, como sucede con la regulación de la prueba testimonial.*

*En síntesis, el acta de incautación y, en general, las actas que deben elaborarse en procedimientos que implican la afectación de derechos: (i) no constituye una actuación estatal orientada a obtener evidencia testimonial sobre los hechos; (ii) su finalidad principal se orienta al control de las actuaciones estatales que entrañan la afectación de derechos; (iii) en lo que concierne al funcionario público, el acta contiene su versión de los hechos que rodearon la incautación, la captura o el registro; (iv) como dicha declaración suele estar íntimamente ligada a la responsabilidad penal del procesado, el funcionario adquiere el carácter de testigo de cargo; (v) si la Fiscalía pretende servirse de esa declaración para soportar su teoría del caso, debe presentar al testigo en el juicio oral, para que sea sometido a interrogatorio cruzado, sin perjuicio del eventual debate sobre la admisión de esa declaración a título de prueba de referencia, o de su utilización para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad; (vi) la eventual incorporación de esas declaraciones a título de prueba de referencia está sometida a las puntuales cargas relacionadas en precedencia; (vii) en lo que concierne a la firma estampada por la persona afectada con el procedimiento, la misma no constituye*

*una declaración, ni, mucho menos, la aceptación de su participación en un delito; y (viii) cuando la persona suscribe ese tipo de documentos en calidad de indiciado, capturado o imputado –que es lo que ocurre con mayor frecuencia–, emerge una razón adicional que impide tener la suscripción del acta como una suerte de confesión o aceptación de algún dato que le comprometa penalmente, porque bajo cualquiera de esas circunstancias se ha activado el derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política (a no declarar en su contra ni en contra de sus familiares en los grados previstos en la ley), así como el derecho a contar con un abogado. Proveído completo siguiendo el hipervínculo: **Radicación No. 53057 del 03 de marzo de 2021***

**Berledis Banquez Herazo**  
Relatora  
[relatoriatribunaljpm@justiciamilitar.gov.co](mailto:relatoriatribunaljpm@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