



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 MAYO 2021

1. INCREMENTO PUNITIVO CONSAGRADO EN LA LEY 890 DE 2004.

Inaplicabilidad Justicia Penal Militar (Regla general). En la actualidad la regla general consiste en que es improcedente -por falta de implementación del sistema acusatorio- aplicar en la jurisdicción castrense el incremento punitivo que impone el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 respecto de los delitos de la parte especial del código penal común que por competencia le corresponda tramitar a la justicia penal castrense, salvo contadas excepciones que se encuentran enlistadas en los artículos 7 al 13 de la citada normativa que modificaron varios tipos penales de la Ley 599 de 2000, por lo que su vigencia se predica de forma inmediata y sin supeditación a la implementación de las reglas de procedimiento penal para cada jurisdicción. **INCREMENTO PUNITIVO LEY 890 DE 2004.** Aplicable a procesos regidos por Ley 600 de 2000. La Corte Suprema de Justicia en el año 2018 varió su criterio interpretativo, al permitir la aplicación del incremento punitivo de la Ley 890 de 2004 a casos tramitados bajo el marco normativo de la Ley 600 de 2000 para garantizar el derecho de igualdad, dada la aplicación en ese procedimiento de mecanismos por colaboración eficaz con la administración de justicia propios de la Ley 906 de 2004, que proporcionan mayores beneficios punitivos a los procesados como corresponde al principio de oportunidad que aplicó en un caso puntual tramitado bajo el esquema procesal de corte inquisitivo. En consecuencia, estableció que al aplicarse los beneficios por colaboración establecidos en la Ley 906 de 2004 en un

proceso tramitado bajo la ritualidad de la Ley 600 de 2000, le era igualmente aplicable el incremento punitivo correspondiente. Sin embargo, esta postura no se replica en los procesos tramitados bajo la norma adjetiva establecida en la Ley 522 de 1999, en razón a que en este procedimiento no se permite la aplicación de institutos propios del sistema acusatorio ordinario, no solo por constituirse en norma especial, sino, además, porque figuras como el principio de oportunidad no fueron establecidas al interior del procedimiento penal castrense por disposición constitucional. **LEY 522 DE 1999.** Es el procedimiento aplicable por falta de implementación del sistema con tendencia acusatoria. si bien es cierto la Ley 1407 de 2010 ostenta los criterios de existencia jurídica y validez, del procedimiento penal militar no puede predicarse eficacia y aplicación dado que está supeditado a la implementación de un sistema penal oral acusatorio y, consecuente con ello, el procedimiento aplicable en la actualidad en la jurisdicción penal militar es el previsto por la Ley 522 de 1999. **ACEPTACIÓN DE CARGOS (Favorabilidad).** Inaplicabilidad de la rebaja contemplada en el artículo 493 de la ley 1407 de 2010. La rebaja de pena por aceptación de cargos consagrada en el primer inciso del artículo 493 de la Ley 1407 de 2010 resulta improcedente dado que el procedimiento que gobierna las actuaciones de la jurisdicción castrense es el establecido en la Ley 522 de 1999, siendo las normas de procedimiento aquellas que desarrollan la formalidad de la causa, del contenido del mismo inciso 1º del artículo 493 de la

Ley 1407 de 2010, mandato procesal que consagra la rebaja por aceptación de cargos, se extracta que esta solo es aplicable en el contexto de una formulación de imputación que hace parte del esquema procesal penal oral acusatorio. **ART. 97. LEY 1765 DE 1995.** Aceptación de cargos. La figura de la aceptación de cargos durante la indagatoria que conlleva una rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer, puede darse en el marco del procedimiento penal castrense según las reformas introducidas por el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, beneficio punitivo que solo es aplicable a las conductas punibles enlistadas en la Ley 1058 de 2006. **CONFESIÓN.** Rebaja punitiva. Procede tanto para confesión simple como para cualificada. Para otorgar rebaja de pena por confesión se requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos: (i) que el procesado confiese su autoría o participación en el hecho, (ii) que no se trate de un caso de flagrancia, (iii) que la confesión se haya ofrecido en la primera versión que se rinde ante el funcionario que conoce del asunto, y (iv) que la confesión sea fundamento de la sentencia. **ASUNTO INESCINDIBLE.** Dosificación punitiva. **RAD. 158825-MAYO-2021, CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.**

2. NULIDAD. Oportunidad para invocarla. Si bien los sujetos procesales pueden alegar causales de nulidad en cualquier estado del proceso, también lo es, que si éstas tienen ocurrencia en la etapa de instrucción su postulación sólo podrá hacerse hasta el término de ejecutoria de la resolución de acusación, pues a partir de éste momento procesal, que no es otro que el del juicio, la potestad para decretarlas es del juez, bien de primera o de segunda instancia, es indiscutible que la fijación de precisos términos para la

invocación de nulidades encuentra íntima conexión con el principio de lealtad procesal, que es norma rectora del procedimiento penal militar y por consiguiente de total observancia no sólo para los sujetos intervinientes en el proceso, sino también para el funcionario judicial, dado que con ello lo que se busca es arribar a un juicio libre de cualquier vicio que pueda afectarlo y evitar que se torpedee el trámite del proceso con invocaciones de esa naturaleza que conspiran contra los principios de una pronta, eficaz y cumplida justicia. **NULIDAD.** Carga argumentativa de quien la invoca. Es un deber inexorable para quien pretenda la anulación del proceso, bajo la comprensión de que tal petición es una sanción máxima al mismo, invocar los motivos legales que dan lugar a la nulidad (principio de taxatividad), como también acreditar que la incorrección o vicio afectó en forma real y cierta las garantías de los sujetos procesales o que con ellas se socavó las bases fundamentales del proceso (principio de trascendencia) y que la única forma de enmendarlo es con la anulación (principio de subsidiariedad). **NULIDAD.** Principios que la rige. Reseña jurisprudencial. **QUERELLA.** Jurisdicción castrense. Opera únicamente frente a los delitos que el legislador enlistó en la norma, sin que pueda extenderse por vía de interpretación a otros tipos penales descritos en otras codificaciones, en tal sentido, el artículo 1º de la Ley 1058 de 2006 se inscribieron varias conductas punibles frente a las que se exige, como requisito de procedibilidad, la querella, entre las cuales se encuentra la de lesiones personales cuya incapacidad no supere los 30 días sin secuelas. No es aplicable la Ley 906 de 2004. **INVESTIGACIÓN OFICIOSA** (o principio de oficiosidad). Jurisdicción castrense. No pueden ser aplicadas las normas de la Ley 906 de 2004 a la Justicia Penal Militar y Policial, dado que no

existe vacío legal que deba ser llenado por vía de la integración contemplada en el artículo 18 de la Ley 522 de 1999, ello ocurre porque de manera directa el Código Penal Militar reguló el principio de oficiosidad de la acción penal y señaló que solo excepcionalmente se exigiría querrela en los asuntos expresamente previstos por la ley, tal es el caso de los delitos de injuria y calumnia y de aquellos relacionados en la Ley 1058 de 2006, para los cuales la misma ley los exceptuó de la iniciación oficiosa, exigiéndose como requisito de procedibilidad la existencia de una querrela, si dentro de esta relación de delitos que exigen querrela solo se consagra el delito de lesiones cuya incapacidad no supere los treinta (30) días sin secuelas, es dable concluir que aquellos que superen este tope pueden ser objeto de investigación oficiosa. Resulta equivocado pretender el trasplante de procedimientos relacionados en las disposiciones comunes u ordinarias, cuando expresamente el Código Penal Militar señala de manera directa cuáles son aquellos delitos que se exceptúan de la regla general de la iniciación oficiosa, pues la norma instrumental vigente y aplicable, en la jurisdicción especial y autónoma, es la Ley 522 de 1999, modificada por la Ley 1058 de 2006. **RAD. 159378-MAYO-2021, BG. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.**

3. REHABILITACIÓN. Normatividad aplicable. Actualmente en la jurisdicción foral se da la coexistencia de la Ley 1407 de 2010 con el Código Penal Militar de 1999, aplicándose la parte sustantiva de aquella, pero surtiéndose la ritualidad del proceso penal castrense bajo los institutos procesales del segundo de los códigos, esto mientras tiene lugar la implementación del esquema procesal de tendencia acusatoria contenido en el Código Penal Militar de 2010 y al amparo

de las implicaciones que derivan de la ultractividad y la retroactividad de las leyes en el tiempo. Es por ello, que en materia de rehabilitación el procedimiento que se aplica actualmente corresponde al contenido en los artículos 601 a 605 de la Ley 522 de 1999, mismos que regulan la competencia del Tribunal Superior Militar y Policial para conocer de la rehabilitación de derechos y funciones públicas de los condenados y cobijados por la suspensión de estas y aquellos y determinan el trámite procedimental de dicho instituto jurídico procesal, mientras que serán los presupuestos sustantivos regulados en el artículo 86 la Ley 1407 de 2010 los que deberán tenerse en cuenta para resolver las peticiones de rehabilitación, pues, tal norma derogó la parte sustantiva de la Ley 522 de 1999 que puntualmente establecía en su artículo 94 tales presupuestos. **PENA.** Temporalidad. Por regla general, es temporal como también sus efectos jurídicos, siendo su cumplimiento circunscrito al lapso determinado por el juez competente conforme a la ley, en el que algunos de sus derechos fundamentales se verán limitados o suspendidos y cumplido tal lapso se supondrá que habrá ocurrido su resocialización o al menos podrá señalarse que cumplió con las cargas impuestas y que estaba en la obligación legal de afrontar, por ende, cumplida la pena impuesta al condenado le asiste el derecho a reintegrarse a la vida comunitaria en igualdad de derechos con sus semejantes. **REHABILITACIÓN.** Derechos y funciones públicas. Formas. De cara a las formas en que se pueden rehabilitar los derechos y funciones públicas afectados por una pena privativa de los mismos al ser impuesta como accesoria, habrá de tenerse en cuenta lo que preceptúa el artículo 86 del Estatuto Punitivo Castrense de 2010, mismo en cuyo primer inciso se establece que

cuando en la sentencia se conceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y no se exceptúe de la misma a la pena accesoria, tal pena accesoria *“se extinguirá con el cumplimiento del período de prueba fijado en el respectivo fallo. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO DEL ESTADO.* Inhabilidad intemporal consagrada en el artículo 122 constitucional. Alcance. Reseña jurisprudencial. La inhabilidad intemporal hace relación al ejercicio de funciones públicas, no al ejercicio de los derechos políticos. No obstante, en la sentencia condenatoria deberá especificarse si la conducta constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado. **NOTIFICACIONES POR CORREO ELECTRÓNICO.** Acuse de recibido. 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, esto último en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia. Para establecer con precisión cuál es el alcance del término “patrimonio del Estado”, deberá acudirse a la Ley 734 de 2002 en cuyo artículo 38 el legislador definió el contenido y extensión de cuáles delitos atentaban contra el patrimonio del Estado. **Rad. 159438- MAYO-2021, CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.**

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

II. PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTE CORTE CONSTITUCIONAL

SU 190-21 24 del 17 de junio del 17 de junio de 2021¹. La Sala Plena de la Corte Constitucional al estudiar una tutela interpuesta contra la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura mediante la cual se asignaba a la Justicia Penal Militar y Policial la competencia para conocer del caso por la muerte de DILAN CRUZ, amparó el derecho de la accionante y decidió reasignarle la competencia a la

jurisdicción ordinaria, argumentando la existencia de dudas sobre la relación con el servicio de la conducta desplegada por el procesado. A continuación, a partes del Comunicado de prensa No. 22 de guardianas de la Constitución:

“La Sala Plena llevó a cabo, preliminarmente, el estudio de procedencia y determinó que la demanda de amparo, en efecto, superaba los requisitos correspondientes a este

¹ Magistrada Ponente Diana Fajardo Rivera

examen. A continuación, se ocupó de analizar el fondo del debate. De este modo, consideró que el problema jurídico a resolver consistía en si una providencia judicial, al asignar a la Jurisdicción Penal Militar la competencia para conocer de la muerte de un manifestante, pese a existir duda sobre la relación de esa conducta con el servicio, incurre en defecto fáctico, violatorio de los derechos al debido proceso y a un recurso judicial efectivo.

En las consideraciones, la Corte reiteró que el juez natural es una garantía del debido proceso no solo para el investigado sino también para las víctimas, a quienes, debe garantizárseles el acceso a un recurso judicial efectivo. De la misma manera, indicó que la jurisdicción natural en el específico ámbito del derecho penal es la ordinaria, a la cual corresponde investigar, conocer y decidir todos los asuntos que no estén atribuidos expresamente por la Constitución o la ley a otra jurisdicción. En este sentido, recordó que la competencia de otras jurisdicciones y, en particular, de la Justicia Penal Militar, es restringida y excepcional.

Conforme a lo anterior, subrayó que la activación del fuero penal militar solo procede para delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio (elementos subjetivo y funcional). Señaló que esto implica, fundamentalmente, que debe encontrarse suficientemente probado el vínculo directo, próximo e inmediato de origen, entre la actividad del servicio y el delito. Correlativamente, la Sala reiteró la regla, conforme con la cual, en aquellos supuestos en los cuales existan dudas respecto de lo anterior, las mismas deben ser resueltas con la asignación de la competencia para el conocimiento de la presunta conducta punible a la Jurisdicción Ordinaria.

Al resolver el caso concreto, la Corte sostuvo que la decisión judicial

cuestionada, en efecto, incurrió en el defecto fáctico alegado. Indicó que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura tomó en cuenta un conjunto de testimonios de miembros del Esmad, a partir de los cuales encontró demostrado un escenario de agresión contra la Policía, que explicaría el uso de la fuerza y, por lo tanto, la relación con el servicio de la conducta que dio lugar a la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina. Sin embargo, observó que en la providencia cuestionada la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ignoró otras pruebas, que podrían conducir a una conclusión distinta, en aplicación de las reglas sobre el fuero penal miliar reiteradas en esta sentencia.

En lo sustancial, expresó que de los medios de prueba allegados al proceso de tutela y de los cuales disponía, al momento de dirimir el conflicto de jurisdicciones, la Sala accionada, se desprenden elementos de juicio divergentes, en relación con el hecho de si existieron, o no, ataques previos por parte de los manifestantes contra el ESMAD. Observó que, en lugar de demostrar, de forma clara e inequívoca, que ello fue así, el contenido de las pruebas no evidencia con la nitidez requerida que la reacción de la Policía Nacional, en la cual se inscribe la conducta del capitán investigado, haya sido emprendida para contrarrestar una manifestación que había adquirido carácter violento.

La Corte constató que, mientras que unas evidencias afirman los hechos que explicarían la forma en que procedió la Policía, a la luz de otras, esas circunstancias fácticas no estarían demostradas. En estas condiciones, en la medida que no existe certeza respecto del elemento a partir del cual se explicaría el uso de la fuerza, la Sala consideró que también subsistían dudas sobre la relación con el servicio de la conducta del oficial investigado, que desencadenó la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina.

De esta manera, en aplicación de la regla según la cual cuando existan dudas probatorias sobre el vínculo inmediato entre la actividad del servicio y el delito el asunto debe ser conocido por la Justicia Ordinaria, señaló que la decisión de la autoridad judicial accionada debió consistir en asignar la competencia para el conocimiento del caso a dicha Jurisdicción. Concluyó que, por el contrario, como resultado de la omisión de valoración probatoria constatada, en la cual se materializó el defecto fáctico analizado, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura terminó dirimiendo el conflicto a favor de la Jurisdicción Penal Militar.

Así, determinó la Corte, la accionada menoscabó el derecho fundamental de la accionante al debido proceso y a un recurso judicial efectivo. En este orden de ideas, la Sala Plena resolvió, en lo fundamental, amparar las garantías constitucionales invocadas por la accionante y, en aplicación de la referida regla relativa a la duda probatoria sobre la relación entre la conducta investigada y el servicio, dispuso trasladar la actuación penal que se sigue contra el capitán de la Policía Nacional, Manuel Cubillos Rodríguez, por la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina, a la Jurisdicción Ordinaria”.

Nota de Relatoría. A la fecha de edición del presente Boletín no ha sido publicada la sentencia aludida.

III. PRONUNCIAMIENTO RELEVANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SP1289-2021, Radicación No. 54691 del 14 de abril de 2021². La Corte Suprema de Justicia al decidir sobre recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa, precisó los límites que tiene a Fiscalía al celebrar preacuerdos, al tiempo que analizó los controles que se pueden efectuar sobre la acusación en el sistema acusatorio (formal y material). En el siguiente sentido fue el pronunciamiento:

“Los criterios jurisprudenciales de la Sala en materia de preacuerdos no son unánimes, aun con posterioridad al fallo SU 419 de 2018, rige hasta ahora una línea con

critero mayoritario, que se registra en la decisión de la CSJ SP594-2019, 27 feb.

2019, rad.51596, según la cual el Juez debe propugnar porque la imputación y la acusación cumplan los requisitos formales previstos en la ley, sin que ello implique realizar un control material ni una habilitación para proponer o insinuar los cargos, pues ello no solo implicaría el compromiso de su imparcialidad, sino, además, superar las barreras funcionales establecidas en el ordenamiento jurídico.

Se indica en la susodicha providencia que los fiscales deben precisar en qué eventos

² Sala de Casación Penal, MP. DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRAN

un cambio en la calificación jurídica corresponde a la estructuración de los cargos, y en qué casos la misma obedece a beneficios otorgados al imputado o acusado, pues solo de esa forma podrán verificarse los límites que el legislador estableció puntualmente para la celebración de los acuerdos, ello para que los jueces constaten que el convenio se ajusta al ordenamiento jurídico. De suerte que:

«los fiscales no están facultados para modificar el contenido de la imputación (la procedente, según las reglas atrás relacionadas), como una forma de otorgar beneficios a cambio de la eventual aceptación de cargos o la posterior celebración de acuerdos, por diversas razones, entre ellas: (i) los requisitos materiales de la imputación y la acusación, así como sus aspectos formales, fueron regulados expresamente por el legislador; (ii) el fiscal no puede suprimir, a título de beneficio, aspectos factuales de la hipótesis que estructuró a la luz de las normas que regulan esta faceta del ejercicio de la acción penal, entre otras cosas porque no podría incluirlos en una eventual acusación en caso de que el acuerdo no se materialice, habida cuenta de la consonancia fáctica que debe existir entre los cargos incluidos en ambos escenarios; (iii) de lo contrario, un procesado podría beneficiarse con una imputación ajena a la legalidad, así decida posteriormente desistir del preacuerdo “prometido”, o intentar la consecución de beneficios ilegales, producto de un cambio subrepticio de la imputación y del posterior allanamiento a cargos; (iv) en este tipo de escenarios, se le privaría al juez de realizar las verificaciones inherentes a estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, entre ellas, la existencia del “mínimo de prueba” a que alude el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, la

concerniente a la acumulación ilegal de beneficios o el desconocimiento de las prohibiciones legales frente a determinados delitos, límites que, sin duda, constituyen una clara expresión de la política criminal del Estado, a la que están sometidas este tipo de convenidos (Art. 348 ídem)».

Se resalta que las diversas formas de terminación anticipada de la actuación penal están sujetas al concepto de “discrecionalidad reglada”, orientado a lograr un punto de equilibrio entre el margen de maniobrabilidad que debe tener la Fiscalía y la materialización, entre otros, de los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como la evitación de la arbitrariedad en el ejercicio de la acción penal, por lo que el Juez debe verificar: i) el consentimiento y voluntad del procesado ii) la claridad del acuerdo en lo que atañe a los beneficios concedidos al procesado, iii) la existencia de un mínimo de prueba, iv) el respeto a los límites establecidos por la ley en materia de beneficios; v) que se acataron las prohibiciones de conceder este tipo de prerrogativas frente a algunos delitos; vi) se realizó el reintegro de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004; vii) se garantizaron los derechos de las víctimas.

En los eventos en los que el juez advierta que la delimitación del cargo obedece al inequívoco propósito de conceder beneficios adicionales, o que se ha optado por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos con la clara finalidad de eludir una prohibición legal en materia de acuerdos «el juez debe ejercer sus funciones de director del proceso, en orden a aclarar la situación, y, a partir de ello, tomar las decisiones que considere procedentes. En todo caso, como bien lo resalta el delegado de la Fiscalía, esas labores de dirección deben realizarse en

el momento procesal adecuado (la respectiva audiencia de control de legalidad)».

Acogiendo las precisiones de la Corte Constitucional en sentencia SU479 de 2019, indicó que los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, lo que implica que la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida –según el estándar previsto para cada fase–, pues les está vedado “inflar” la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos. Así, los acuerdos en los que se opta por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes «no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes».

En los preacuerdos, se ha expresado, la Fiscalía debe obrar con objetividad, lo cual implica que la actuación del ente acusador no puede de manera ligera, descuida o intencionada hacer uso indebido de sus facultades, dar a la información recopilada en la indagación o investigación un uso indebido, alterar, ocultar o manipular la verdad, los hechos, las consecuencias jurídicas de la conducta delictiva consumada, actuar con abuso de sus facultades, formular acusaciones infundadas, o modificar medidas cautelares para favorecer sin razón a una parte o interviniente, su proceder con base en dicho principio debe revelar rectitud y probidad en la definición de la existencia del delito, la declaración de responsabilidad y la negociación de la pena.

Los siguientes aspectos generales de los preacuerdos, ilustran algunas de las razones que hacen ilegal en este caso el

preacuerdo celebrado entre la fiscalía y el procesado:

El propósito de los preacuerdos es humanizar la actuación procesal y obtener una pronta y cumplida justicia, lo que debe armonizarse con los principios que rigen el sistema procesal penal y los lineamientos de la política criminal, pues de lo contrario no se aprestigia la administración de justicia, se afecta la justicia material y se genera una afrenta a la legalidad, tipicidad estricta y el debido proceso de partes e intervinientes.

El artículo 348 C.P.P consagra los fines que orientan los acuerdos suscritos entre las partes y constituye un «límite al poder discrecional de los fiscales delegados que decidan emplear este mecanismo y, por lo tanto, son un parámetro de control para los jueces de conocimiento», de allí que los preacuerdos sólo son oponibles a terceros si se ajustan a este precepto.

El inciso 4° del artículo 351 C.P.P. señala que «los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebrantes las garantías fundamentales», por lo que al Juez de Conocimiento le compete ejercer un control sobre lo pactado, en tanto que es ante todo Juez Constitucional.

En este sentido, el Juez debe verificar no solamente el cumplimiento de los requisitos legales, sino también constatar el respeto por las garantías fundamentales de partes e intervinientes, el acatamiento a las finalidades del preacuerdo y en especial, que dicho pacto refleje en forma estricta los hechos imputados y soportados en los elementos de prueba obrantes en la actuación, en salvaguarda de las garantías, principios y valores de orden constitucional y de convencionalidad, de los que son titulares las partes e intervinientes en el proceso.

La impunidad con beneficios ilegales, prohibidos o excluidos, ectra, son paradigmas a tener en cuenta al momento de calificar la legalidad y juridicidad del preacuerdo”.

(...)

La Fiscalía al retirar sin fundamento legal de la acusación las agravantes imputadas, creó ilegalmente las condiciones para otorgar la rebaja por estado de ira, con lo que se benefició al inculcado indebidamente en materia punitiva, pero con ello también se quebrantó el debido proceso, el principio de legalidad, de estricta tipicidad, las garantías de verdad, justicia y reparación de las que son titulares las víctimas, la perspectiva de género que en la materia le era imperativo acatar y no respetó el marco fáctico de la imputación que se encontraba fundado en los medios de prueba recolectados, que en nada variaron desde la imputación a la acusación. (...).

Verificada la actuación, se advierte que el retiró, en la acusación, de las circunstancias de agravación contenidas en el artículo 104 del C.P. –numerales 7º y 11- y que le fueron imputadas a JOHN EDUARDO PARDO NARVAEZ, desbordó las facultades asignadas a la Fiscalía, generando una afectación en la estructura del proceso y en los derechos tanto del imputado como de las víctimas.

Conforme a lo expresado en líneas precedentes, en este caso, los elementos materiales probatorios que soportaron la imputación, fueron los mismos de la acusación y el preacuerdo, tales como entrevistas, búsquedas en bases de datos y análisis de estos resultados, los cuales fueron recaudados con antelación a la audiencia de formulación de imputación, sin que exista evidencia o elemento material probatorio que la Fiscalía hubiese obtenido con posterioridad a este acto

procesal y que le permitieran fundadamente ajustar las premisas fácticas o jurídicas en favor del inculcado, eliminando las aludidas agravantes a PARDO NARVÁEZ.

(...)

5. Control material y control formal.

La justicia no puede administrarse de cualquier manera, de ahí que en el sistema acusatorio se pueda y deba realizar controles formales o materiales, de los cuales se han ocupado las decisiones de la Sala referidas en el acápite del marco teórico de los preacuerdos (numeral 4.1.) y el control de la acusación (numeral 6.), a las que se remite la Sala y con base en las cuales se hacen las siguientes precisiones, solo respecto del tema que tiene directa incidencia en la solución del problema jurídico en este asunto.

En términos generales, el control formal se ocupa de la verificación del cumplimiento de las exigencias legales para la estructuración de un acto o trámite.

El control material representa el ejercicio de una potestad de mayor relevancia en el proceso, recae sobre aspectos con injerencia de carácter sustancial o constitucional en el proceso penal ordinario o abreviado, corresponden a situaciones vinculadas con los supuestos de hecho o jurídicos del problema a resolver.

El ámbito de los controles depende de la fase procesal y su objeto, pero, esta “intromisión ...”, debe ser objetiva, manifiesta, patente, evidente, y no responder a una postura subjetiva, ni a una valoración distinta del caso, ni a una opinión contraria a la de la fiscalía, ni a

la aplicación de un criterio dogmático diferente (CSJ SP, 06-02-2013, Rdo. 39892).

Al amparo del control material se debe velar porque los hechos revelados por las evidencias o los elementos de pruebas allegados, se asuman como la verdad demostrada y no sean alterados sustancialmente en detrimento de los derechos de las víctimas, tampoco para sacrificar las consecuencias jurídicas y sancionatorias que corresponden a la responsabilidad penal por el delito cometido, más aún tampoco para validar beneficios que de manera aberrante desprestigian la administración de justicia dadas las circunstancias el caso, todo lo cual encuentra soporte, entre otras disposiciones, en los artículos 5, 10, 11, 116 y 348 del C de P.P.

El juez tiene ese deber, que debe ejercer en situaciones excepcionales, para precaver el desconocimiento del objeto del proceso, garantías, principios y valores en los que se estructura la justicia penal en el ordenamiento jurídico colombiano.

En el asunto sub judice la Sala hará control material respecto de los hechos y de la imputación jurídica que de ese control se deriva, por las razones que se expresan en el respectivo acápite en el que se examina el yerro cometido por la fiscalía en detrimento de las garantías, los principios y valores que fueron quebrantados y que obligan a la invalidación desde la formulación de la acusación, acto procesal éste en el que jurídicamente se puede ajustar a derecho la actuación.

(...)

Desde los albores de la implementación del sistema penal de tendencia acusatoria, la Sala en sentencia CSJ SP 13 dic. 2010, rad.

34370, destacó que a partir del principio de imparcialidad y de la lectura del artículo 339 del C.P.P. se establece que la acusación sólo puede ser controlada formalmente, pues los requisitos consagrados en el artículo 337 ibídem a los que se refiere dicha norma son de esa naturaleza. En decisión CSJ SP 6 feb. 2013, rad. 39892, M.P., recalcó que la acusación es un acto de parte que compete de manera exclusiva y excluyente a la Fiscalía, por lo que no puede ser objeto de cuestionamiento por el Juez, permitiéndose sólo solicitar adiciones o correcciones: «La tipificación de la conducta es una atribución de la Fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado»

Esta postura mayoritaria se ha reiterado en providencias proferidas por la Sala en los radicados 38075 (30-07-2014), 45569 (01-07-2015), 55470 (14-07-2019), entre otras.

En los radicados 47223 (20-04-2016) y 45819 (29-06-2016) se reiteró que los actos de comunicación para imputar o acusar no tiene control material porque se resquebrajaría el principio de imparcialidad, regla aplicable en los juicios ordinarios, en los que la Fiscalía es la única legitimada para presentar la hipótesis incriminatoria, al Juez le está vedado «examinar tanto los fundamentos probatorios que sustentan la acusación como la corrección sustancial de la imputación jurídica», para que no asuma el rol de parte.

En el radicado 45594 (05-10-2016) se puso de presente las tres tendencias de la Sala en cuanto a la posibilidad de ejercer control sobre la acusación así:

«Sobre la posibilidad de control de estos actos, de los que la fiscalía es titular

indiscutible, los desarrollos jurisprudenciales de la Sala permiten identificar tres tendencias, (i) la que niega cualquier posibilidad de control material de la acusación y de los acuerdos, (ii) la que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, y (iii) la que acepta un control material restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de violación de garantías fundamentales».

Y destacó que la postura imperante era:

«La tercera postura, que acepta un control material restringido de la acusación y los acuerdos, se sustenta en una interpretación sistemática de los artículos 350 inciso segundo numeral segundo, 351 inciso cuarto, 443 inciso primero y 448 del estatuto procesal penal, frente a los contenidos y alcances de los fallos de Constitucionalidad 1260 de 2005 y C-059 de 2010, y los principios que rigen el sistema acusatorio «.

En sentencia, la CSJ AP3825-2018, 5 sep. 2018, rad. 52589, luego de aludir a las 3 posturas asumidas por la Corte respecto del control material de la acusación, señala que la vigente para ese momento era la que se refería a que «por regla general el juez no puede efectuar un control material de la acusación, sino que excepcionalmente puede hacerlo “cuando objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales», criterio congruente con lo señalado en el radicado 52651 (13-06-2018), al señalar que en la audiencia de acusación el Juez puede conducir y fijar «las pautas de buen proceder para el normal decurso de las audiencias», pero ello no significa que la acusación pueda ser objeto de control material, puesto que el Juez, solo puede

intervenir de manera excepcional para controlar que lo actuado se haya adelantado con sujeción al debido proceso.

Fuera del autocontrol que le corresponde a la Fiscalía de sus propias actuaciones, dijo la CSJ SP5660-2018, 11 dic. 2018, rad. 52311, que «si la Fiscalía cumple con la obligación legal de expresar de manera sucinta y clara los hechos jurídicamente relevantes, los jueces, por regla general, no ejercen control sobre el acierto de la calificación jurídica, salvo que se trate de casos de evidente violación de los derechos fundamentales».

Y, respeto al control material admitido pacíficamente por la jurisprudencia de la Sala en los procesos abreviados, por ejemplo, en sentencias proferidas en los radicados 27759 (12-09-2007), 37209 (43436), 46101 (01-06-2016), 47732 (23-11-2016), 49209 (18-11-2017) y 50000 (28-02-2018), entre otras, acepta que el pacto entre las partes debe ser objetado por el juez para preservar derechos y garantías fundamentales y demandar el cumplimiento de los fines asignados por la ley a dicho mecanismo. Proveído completo siguiendo el hipervínculo: **Radicación No. 54691 del 14 de abril de 2021**



Berledis Banquez Herazo

Relatora

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