



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 SEPTIEMBRE 2021

1. DEBIDO PROCESO. Alcance. El Debido Proceso como principio jurídico procesal de carácter sustantivo, implica la observancia de determinadas garantías mínimas, tanto para el sujeto activo de la conducta punible como para la sociedad en su conjunto, como presupuesto lógico antecedente y consecuente para hacer efectiva la realización de ius puniendi, garantías incorporadas en la legalidad de las formas propias de cada Juicio, legalidad de los delitos, legalidad de la penas, derecho a contar con una defensa técnica, a tener la oportunidad de ser escuchado y hacer valer sus pretensiones, entre otras.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Alcance. El principio de legalidad determina como pilar fundamental que ningún órgano del Estado puede adoptar una decisión que no se ajuste a una disposición anteriormente dictada, esto es, que una decisión solo pueda ser adoptada dentro de los límites fijados por una ley material anterior, conforme lo dispone la Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 29, sometido a su vez a los principios de reserva legal y de tipicidad, los cuales guardan entre sí una estrecha relación; aquel, que fija que sólo el legislador está facultado constitucionalmente para consagrar conductas infractoras, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición, y éste, que instituye que el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en forma clara, precisa e inequívoca, predeterminar la sanción indicando la naturaleza, el término, la

cuantía cuando se trate de pecuniaria, el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición.

PROCESO PENAL. Progresividad. El proceso penal está compuesto por una sumatoria de actos procesales preclusivos, esto es, está conformado por unidades lógicas sistemáticamente encaminadas a obtener un fin determinado que limitan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, los cuales no están restringidos a los simples límites temporales, sino que se hallan delimitados por presupuestos de contenido sustancial que ponen fin a cada una de las fases del proceso, conforme al principio de Progresividad. Bajo esa premisa, es preciso señalar que el proceso penal está diseñado para que en cada una de las fases o etapas, se cumplan objetivos claramente determinados que apuntan en forma progresiva a la comprobación de la ocurrencia del hecho denunciado o que por cualquier otro medio llegó a conocimiento del aparato judicial, así como de los elementos que estructuran la conducta punible, la identificación e individualización de los presuntos autores o partícipes del hecho y la responsabilidad penal derivada de su comportamiento. En ese diseño procesal progresivo, los presupuestos probatorios cada vez son más exigentes en la medida en que avanza el trámite de la relación jurídico procesal, para proferir en cada etapa las decisiones que en derecho correspondan en las que a medida que avanza se exige un mayor grado de convicción, así: apertura del sumario (incertidumbre), vinculación procesal (posible autor o partícipe), situación jurídica (posibilidad),

calificación del mérito del sumario (probabilidad) y sentencia (certeza).

VINCULACIÓN AL PROCESO PENAL.

Formas. la vinculación al proceso se predica de quien en virtud de lo evidenciado por los elementos de convicción allegados, resulte comprometido bien sea como autor o partícipe, lo que presupone un mínimo probatorio del cual pueda inferirse tales condiciones, vinculación que puede hacerse mediante diligencia de indagatoria o excepcionalmente con la declaratoria de persona ausente, esto es, a través de un acto que es reglado y que además constituye presupuesto indispensable, imprescindible y necesario del cual dependen los consecuentes actos procesales subsiguientes, como lo es, la resolución de situación jurídica, la calificación del mérito del sumario y la sentencia. **PROCEDIMIENTO.** Cualquiera que se aplique debe respetar las garantías y los derechos. Independientemente del procedimiento a observar en el curso de la línea procesal, los presupuestos probatorios, los principios que rigen la actuación procesal, las garantías procesales y el respeto por los derechos fundamentales deben permanecer incólumes, esto es, son comunes y sin modificación en ninguno de ellos, puesto que lo que se suprime en el procedimiento abreviado contenido en la Ley 1058 de 2006 y en el previsto en el artículo 97 de la ley 1765 de 2015, son actuaciones o fase procesales, en virtud de las cuales se producen renuncias mutuas, puesto que de un lado, el Estado declina su poder de continuar con la investigación, en tanto que estima que la prueba recaudada es suficiente para tomar la decisión que en derecho corresponda, y de otro lado, el sindicado desiste de los trámites normales subsiguientes del proceso, en pro de una sentencia condenatoria más benigna. El artículo 97 de la Ley 1765 de 2015 previó

unas renuncias más amplias a las contenidas en la Ley 1058 de 2006, tanto en fases como en actos procesales, pero no en manera alguna en garantías y derechos del procesado, e igualmente, estableció la concesión de unas rebajas punitivas más altas, beneficios propios del instituto de Justicia Premial que vimos materializados en el artículo 40 de la ley 600 de 2000 –Código de Procedimiento Penal-, contexto que nos permite afirmar que la intención del legislador fue implementar la figura de la Sentencia Anticipada en la Jurisdicción Penal Militar (CSJ-CP, Radicado N° 46417 30 Noviembre 2016), pero con absoluto respeto de las garantías procesales, que permitan terminar tempranamente el proceso, economizándose dos fases procesales, calificación del mérito del sumario y juicio. **ART. 97 LEY 1765 DE 2015.** Aceptación de cargos. Exige imputación fáctica y jurídica. El legislador introdujo de manera novedosa la imputación de cargos en la diligencia de indagatoria, diferenciándose de la prevista en el artículo 497 de la Ley 522 de 1999 – Código Penal Militar-, que solo preveía la Imputación Fáctica, mientras que la Imputación que debe hacerse bajo la égida del artículo 97 de la Ley 1765 de 2015 debe ser fáctica y jurídica, dado que su aceptación se constituye en presupuesto del acto procesal subsiguiente materializado con el acta de aceptación de cargos, que equivale a la resolución de acusación, y finalmente, en el presupuesto e insumo necesario para proferir sentencia de manera anticipada. Mientras en la diligencia de indagatoria prevista en el artículo 497 de la ley 522 de 1999 – Código Penal Militar-, la -imputación que se prevé es solo fáctica y la calificación que se realiza de la conducta en el auto interlocutorio que resuelve la situación jurídica es meramente provisional, conforme lo preceptúa el numeral 1º

del artículo 523 ibidem, en concordancia con lo señalado en el numeral 4º del artículo 557 ídem, que dispone que le corresponde al Fiscal Penal Militar al momento de calificar el mérito del sumario realizar la calificación jurídica de la conducta; en tanto que la imputación prevista en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015 comprende todos los hechos con la determinación precisa de las circunstancias –tiempo, modo y lugar- y características propias del delito a imputar, como también, la atribución de la conducta como autor, coautor, partícipe, etc., el delito que se le endilga, la modalidad de la conducta (Dolosa, Culposa), etc., es decir, la imputación debe ser tanto fáctica como jurídica (CSJ-CP, Radicado Nº 34787, 15 Septiembre 2010), puesto que el núcleo del proceso penal es la determinación de responsabilidad relativa a la imputación. **ACEPTACIÓN DE CARGOS.** Debe ser expresa, voluntaria, libre y espontánea. La aceptación de cargos por parte del procesado con miras a obtener la rebaja de hasta la mitad de la pena imponible, a través de una sentencia anticipada a la que se refiere el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, que no es otra cosa que un allanamiento a cargos, debe ser expresa, libre, voluntaria y espontánea, por lo que no puede ser inducida por el funcionario instructor, y con pleno conocimiento del sindicado de las consecuencias penales y de los beneficios punitivos que le generan esa aceptación; toda vez, que la aceptación o allanamiento a cargos para el encartado implica no solo la renuncia al agotamiento de las etapas subsiguientes del proceso -calificación del mérito del sumario y juicio-, sino además a la controversia de la acusación y de las pruebas en que se funda (C. CONST., Sentencia SU-1300 de 2001), como a la aceptación de la sentencia condenatoria, puesto que se asume la aprobación de existencia de prueba que demuestra su

responsabilidad como autor y/o partícipe del ilícito, y por ende, la renuncia del derecho a la presunción de Inocencia. **ACTA DE ACEPTACIÓN DE CARGOS.** Contenido. El Juez de Conocimiento en su labor de verificación, debe establecer que el procesado haya realizado una verdadera aceptación de cargos, esto es, que haya conocido la imputación y los hechos y circunstancias con que se formulan los Cargos por el instructor con fundamento en la prueba recaudada y que habrían de ser aceptados o no por el procesado, así como también, que al levantarse la correspondiente acta de aceptación de Cargos acto procesal que equivale a la resolución de acusación, mínimamente contenga de manera expresa, clara y concreta la imputación fáctica y la imputación jurídica, y la expresa aceptación libre, voluntaria y espontánea por parte del procesado de los cargos imputados por el instructor, como el conocimiento que el sindicado tiene de los beneficios, consecuencias punitivas y renunciadas que está haciendo, así como la aceptación de la responsabilidad penal derivada de los cargos imputados y aceptados. **ACEPTACIÓN DE CARGOS.** Verificación que debe efectuar el Juez de instancia. La verificación prevista por el legislador, corresponde al ejercicio del control de legalidad formal y material que debe realizar el Juez de Conocimiento, que implica la comprobación en forma detallada de la actuación procesal para determinar que tanto la imputación de cargos, como el allanamiento que realizó el procesado, se encuentre acorde con los requisitos formales, sustanciales y los requerimientos mínimos de orden probatorio en los que se deben fundar esas decisiones, además, de que debe constatar que se haya observado el debido proceso, y que si encuentra que se cumplieron tales exigencias, admitir el acta de aceptación de cargos, como

presupuesto requerido para producir el siguiente acto procesal, esto es, la sentencia correspondiente. **ACTA DE ACEPTACIÓN DE CARGOS.** Consecuencias de su aprobación. La aprobación del acta de aceptación de cargos por parte del Juez de Conocimiento genera unas consecuencias procesales para el procesado, puesto que una vez admitida a partir de ese momento no es “posible retractación alguna”, por lo que necesariamente tal control de legalidad debe hacerse mediante auto de sustanciación, en el que se declare la legalidad del allanamiento a cargos y se avale tal actuación procesal, de lo contrario, no sería posible que se generaran las consecuencias jurídico – procesales previstas en la Ley. Producida la decisión que declarará la legalidad del allanamiento a cargos, el Juez de Conocimiento procederá a proferir la Sentencia correspondiente, sea cual sea la ritualidad que haya gobernado el proceso penal, está sujeta al cumplimiento de unos presupuestos inamovibles, como lo es la verificación del respeto por las garantías fundamentales durante toda la actuación surtida en las etapas precedentes, y que no son ajenos a la sentencia anticipada, puesto que de ello depende la legalidad del fallo (CSJ – CP, Radicado Nº 28998, 03 de Abril de 2008), como también pende que los cargos imputados al procesado, sean consecuentes con el recaudo probatorio (CSJ – CP Radicado 14240 29 enero de 2004), esto es, “que obren en el proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y La responsabilidad del procesado”, conforme lo impone mandatariamente el artículo 396 de la ley 522 de 1999 –Código Penal Militar-. **RAD. 159393. SEPTIEMBRE- 2021, TC. ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA**

2. DELITO DE DESOBEDIENCIA.

Características. Configuración. Por su

estructura y contenido se clasifica como un tipo penal en blanco y de mera conducta. En este sentido, la descripción típica contiene elementos normativos, como orden legítima del servicio, superior, formalidades legales, que requieren de la remisión a otros ordenamientos de carácter legal o reglamentario para precisar su definición y alcance. Se configura con la ejecución del comportamiento descrito en el tipo penal, independientemente de sus consecuencias, ello en tanto el sólo incumplimiento o modificación de una orden legítima del servicio afecta el bien jurídico de la disciplina militar o policial, precisamente con el fin de garantizar y proteger el concepto de disciplina, es que se ha dotado a los policiales y militares con la función de mando para que en el ámbito de sus competencias y de acuerdo con los reglamentos puedan expedir órdenes que deben ser obedecidas, observadas y ejecutadas por quienes las reciben – subalternos- siempre y cuando sean legítimas, lógicas, oportunas, claras, precisas y relacionadas con el servicio o la función. **ORDEN LEGÍTIMA DE SERVICIO.** Características. La orden legítima del servicio conlleva los siguientes aspectos: i) que vaya dirigida a un militar o policial o un grupo particular, ii) que tenga directa relación con la finalidad constitucional que cumple la Fuerza Pública y, iii) que vaya dirigida a tareas concretas, bien en el ámbito operativo o logístico-administrativo. Así entonces, el miembro de la Fuerza Pública está obligado constitucional y legalmente a cumplir la orden del servicio que le sea impartida con las formalidades legales, deber al que solamente puede rehusarse cuando la orden es abiertamente contraria a la Constitución o a la ley, cuando excede los límites de la competencia, las normas institucionales o las órdenes legítimas superiores. **ORDENES ILEGÍTIMAS.**

Reseña jurisprudencial. La jurisprudencia constitucional ha ratificado que en el entendido que *“las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana (Ley 137 de 1994, artículo 4º), no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad”* (...) *“En este evento, no se remite a duda que el militar subalterno que se abstiene de observar una orden militar que comporte la violación de los derechos fundamentales intangibles, no podrá ser objeto de sanción penal o disciplinaria”*. **SERVICIO DE CENTINELA DE ALOJAMIENTO.** Naturaleza. De acuerdo con el Reglamento de Régimen Interno para Unidades Tácticas del Ejército Nacional, es catalogado como administrativo, más no operacional, dadas las misiones que se cumplen en dichos puestos, así: *“1.2.4 Servicio de Armamento y Alojamiento - De grado Soldado • Responder por todos los elementos que se encuentren en el alojamiento. • Conservar en perfecto estado de aseo el dormitorio. • Permanecer en el alojamiento. • Presentarse a todos los superiores que entren a la dependencia. • Usar el uniforme ordenado por el Comandante de la unidad. • Enterarse del dato numérico, tanto del personal, armamento, como elementos bajo su cuidado al recibir el puesto. • Durante el día este servicio se presta de las 06:00 hasta las 20:00. • En la noche se prestará servicio de centinela por dos horas a partir de las 20:00 horas. • Debe prestar especial atención y control al personal que entra y sale del dormitorio”*.

CASACIÓN DISCRECIONAL. Objetivo. El recurso extraordinario de casación discrecional tiene como fin obtener de la Corte Suprema de Justicia su pronunciamiento respecto de temas jurídicos concretos, bien para unificar posturas conceptuales, actualizar la

doctrina o para abordar un tópico aún no desarrollado, ora para asegurar la garantía de derechos fundamentales, recurso que de interponerse se guiará por el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal de 2000 –Ley 600 de ese año. **RAD. 158971. SEPTIEMBRE-2021, BG. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.**

3. DERECHO PENAL MODERNO. Verdad perseguida. El proceso penal moderno se concibe como un método dialéctico que busca la aproximación a la verdad histórica y, a través de su establecimiento, la aplicación del derecho sustancial, la realización de la justicia material y el afianzamiento de un orden justo, pero ello, se precisa, no a toda costa sino dentro del mayor respeto a las garantías y derechos de quienes en él intervienen y con afincamiento en unas adecuadas apreciación y valoración del material probatorio propio de cada causa penal. La búsqueda de esa verdad histórica demanda que el operador de justicia penal procure por todos los medios a su alcance reconstruir de la forma más fidedigna posible el cómo, el cuándo, el dónde y el porqué de los hechos sometidos a su escrutinio, al igual que determine quién o quiénes los cometieron o participaron en su realización, y asimismo establezca las condiciones particulares -endógenas y exógenas- que influyeron en autor y partícipe en punto a la materialización de la conducta reprochada, las circunstancias modales y temporales en que ello tuvo lugar, las condiciones sociales y los daños y perjuicios y asimismo las circunstancias que pudieren explicar a la luz del derecho aquella violación e incluso las que pudieren, bajo igual espectro, avalarla. Es por ello que la verdad que busca el proceso penal, como reiteradamente han decantado jurisprudencia y doctrina nacionales, es una verdad aproximativa

o relativo-objetiva, es decir, es una verdad no caída del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones (nulla accusatio sine probatione) y condicionada en sí misma, se itera, por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa (nulla probatio sine defensione). A la par de lo anterior habrá de recordarse que la verdad material, formal o histórica propia del proceso penal no opera per se, por el simple hecho de aupar a la actuación procesal las probanzas que en el sentir del administrador de justicia la establezcan, esto en la medida que ellas en el universo procesal no hablan por sí solas, por lo que es necesario que el operador judicial efectúe un ejercicio de inferencia racional y dialéctico argumentativo en el que sopesen de forma individual y confrontados entre sí cada uno de tales elementos suasorios de conformidad con las reglas de la sana crítica, desentrañe su sentido y les asigne eficacia demostrativa -positiva o negativa- y credibilidad, todo ello, claro está, en orden a elaborar el juicio de responsabilidad penal correspondiente, juicio que ha de abarcar valoraciones sobre los autores y partícipes, la materialización de sus conductas, la correspondencia de las mismas con las normas de prohibición que se reputan transgredidas, el grado de responsabilidad que les incumbe a aquellos, los motivos y factores que influyeron en la violación de la ley sustantiva, las circunstancias modales y temporales en que ello tuvo lugar, la dañosidad social de los comportamientos atribuidos, la posibilidad particular de observar conductas secundum legem y el reproche que las conductas contra legem ameritan.

DECISIONES JUDICIALES. Motivación. El “principio de motivación de las decisiones judiciales”, se erige en derecho y garantía fundamental germinada en los postulados del Estado de Derecho, pues aquel a quien

incumbe la decisión debe conocer y entender los argumentos que sirven de sustento a la misma para poder ejercer sus derechos de defensa y contradicción -bien sea controvirtiendo la prueba que le sirvió de soporte o allegando nuevos elementos de juicio que la desvirtúen. Siendo así las cosas, no existe dubitación alguna en cuanto a que la sentencia, como expresión de verdad formal y material, se erige en el acto procesal en el que la argumentación (motivación) judicial tiene su máxima expresión y el ejercicio probatorio, procesal y sustantivo adquiere la mayor trascendencia, de manera tal que su fundamentación se constituye en una exigencia de orden constitucional, pues al juez se le impone el deber de confeccionar el correspondiente juicio sobre los elementos probatorios de manera asertiva y no hipotético, ello previa evaluación y discusión de su mérito persuasivo o conclusivo, luego de lo cual debe expresar sin ambigüedades, ni frases genéricas vacías de contenido, los argumentos jurídicos de sus conclusiones y responder de manera clara, expresa y suficiente, así sea implícitamente, a los planteamientos presentados por los sujetos procesales durante el desarrollo del juicio.

DECISIONES JUDICIALES. Defectos en su motivación. Las sentencias construidas i) sin motivación alguna; ii) con motivaciones confusas, ambiguas, contradictorias o excluyentes entre sí total o parcialmente; iii) con insuficiencias probatorias determinadas por la falta de decreto y práctica de pruebas conducentes al caso debatido o por su errada interpretación; iv) con motivaciones soportadas en pruebas inexistentes, ilegales o ilícitas; v) con motivaciones generales que no corresponden a la adecuada valoración de las pruebas allegadas; vi) con motivaciones que se apartan abiertamente de la verdad probada,

por suposición, supresión o tergiversación del contenido de pruebas que objetivamente conducen a una conclusión jurídica diversa; vii) con motivaciones soportadas en una norma jurídica inexistente, derogada, declarada inexecutable o vigente pero inconstitucional frente al caso concreto; o ix) desatendiendo el responder los planteamientos enarbolados por los sujetos procesales en aras de sacar adelante sus teorías y/o pretensiones, imposibilitan la seguridad jurídica del procesado y de lo realmente imputado, resultando susceptibles de desaprobación o invalidación, según el caso, en tanto enervan la aproximación a la verdad y no son expresión de una verdadera justicia material, constituyéndose de contera en atentatorias del debido proceso y apóstatas de todo cometido de justicia material. **PECULADO POR APROPIACIÓN.** Elementos estructurales. Es un delito que atenta contra la Administración Pública eminentemente doloso cuyos elementos estructurales, como se desprende texto normativo, son: a) la calidad de servidor público del sujeto activo del delito; b) tener potestad en la administración, tenencia o custodia de los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de particulares, por razón o con ocasión de sus funciones; y c) el acto de apropiación en favor propio o de un tercero en perjuicio del patrimonio del Estado, supuestos sobre cuya demostración o información debe gravitar la actividad judicial. **DELITO.** Prueba indiciaria. Los elementos del delito se pueden probar a través de prueba directa o indirecta (indiciaria), en éste último evento teniendo en cuenta que las inferencias inherentes a la denominada prueba indiciaria pueden hacerse a partir de un solo dato o hecho indicador (como en el caso de los denominados “indicios

necesarios”), o pueden estar fundamentadas en la convergencia y concordancia de varios datos, así estos individualmente considerados no tengan la entidad suficiente para servir de soporte suficiente a la conclusión. En uno u otro caso, es palmar que como un fenómeno objetivo de expresión acabada o inacabada de una conducta de autoría o de participación responsable, el indicio no posee existencia autónoma sino derivada y surge de las manifestaciones reales, periciales, testimoniales, de confesión, documentales y de inspección judicial, esto es, emana de las pruebas directas, es decir, de los contenidos de las expresiones reales y personales que digan relación con el comportamiento humano objeto de investigación y que desde luego hubiesen sido aducidos, producidos e incorporados con respeto al principio de necesidad, licitud y legalidad de la prueba. En esa medida, si lo que hace éste medio probatorio es revelar, mostrar o dar a conocer aspectos subjetivos y objetivos del comportamiento delictivo de que se trate, dado el derecho penal de acción consagrado en el artículo 29 Superior, es a partir de la conducta humana como presupuesto esencial del injusto típico, antijurídico y culpable que se debe abordar la valoración de esta prueba indirecta, como la de todo otro medio probatorio, resolviéndose ello siempre en un comportamiento de autoría o de participación responsable o en sus negaciones, razón por la cual el concepto de indicio en asunto penal no se resuelve de manera exclusiva en los juicios lógicos abstractos de deducción o inducción, sino que por el contrario, además de éstos, dicho instituto ha de proyectarse como una categoría del conocimiento probatorio compleja y que por sobre todo tiene incidencias de carácter sustancial. Por ello, dada esa valoración compleja de la responsabilidad penal en la que se

integran los juicios de tipicidad (sujeto activo, conducta, en sus aspectos subjetivo-objetivos y normativos, previsión de causalidad y resultado), antijuridicidad (en su concepción material con la consecuencia de la lesividad o peligro de menoscabo al bien jurídico tutelado sin justa causa) y culpabilidad (imputabilidad, dolo, culpa, preterintención), reprochabilidad, exigibilidad de un comportamiento adecuado a Derecho, es a su demostración -positiva o negativa- que se debe orientar toda prueba y, obvio, la indiciaria, de manera tal que las revelaciones que de esta deriven no pueden quedarse en simples señalamientos de autoría o de participación factual, sino que por el contrario deben tratarse y resolverse como indicantes de aquella responsabilidad penal así entendida, pues a nuestro sistema le interesan son los intervinientes culpables en tanto proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva. **TESTIMONIO ÚNICO.** Credibilidad. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que en un sistema de libre apreciación de las pruebas su poder suasorio deviene de las condiciones personales del testigo, las facultades de recordación, su capacidad de evocación, la carencia de interés en el proceso y la ausencia de contradicciones internas y externas en relación con otros medios de convicción que lo corroboren y permitan determinar la correspondencia del relato de con la verdad de lo acontecido y arribar a la certeza. **PECULADO POR APROPIACIÓN.** Demostración acto de apropiación. **DUDA.** Prima sobre el principio de investigación integral. La aplicación de la duda a favor del procesado está previsto constitucional y legalmente y se considera pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales y prima sobre el de investigación integral habida cuenta que dentro de un

Estado Social y Democrático de Derecho el individuo constituye el eje central sobre el que descansa el sistema penal, determinación que sin manto de duda alguna resulta acorde con lo que enseña el precedente del órgano de cierre de esta jurisdicción foral. **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. **RAD. 156399 - SEPTIEMBRE-2021, CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.**

4. LESIONES PERSONALES CULPOSAS.

Utilización de arma de fuego. Al momento de analizarse la realización de la conducta debe tenerse en cuenta la capacitación recibida, las disposiciones existentes sobre el cuidado que se debe atender en el manejo de las armas de fuego, como el denominado decálogo de seguridad de las armas, modelo a seguir de obligatoria observancia para todos los uniformados que tengan bajo su responsabilidad la manipulación y conservación de las mismas. Es precisamente, ese modelo conductual que prevé las medidas de seguridad para el manejo de las armas de fuego, el que establece, entre otras, que *"siempre que maneje o manipule un arma de fuego, hágalo como si estuviera cargada; nunca apunte un arma cargada o descargada a objetivos a los cuales no piensa disparar; controle la boca de fuego de su arma cuando sufra una caída; antes de oprimir el disparador piense cual será la dirección que seguirá el proyectil; no*

olvide las medidas de seguridad en el manejo de las armas de fuego, el desconocerlas pone en peligro su vida y la de los demás (...)". **LESIONES PERSONALES.** Antecedentes judiciales de la víctima. En términos del respeto por los derechos humanos y la dignidad de las personas el historial judicial y policial del lesionado se releva de valor, toda vez que se debe observar es la persona como tal, como ser humano, como un ingrediente que hace parte de una sociedad y a los que los policiales por su investidura y la autoridad que les otorga el Gobierno Nacional, están obligadas a reconocer, respetar y acatar, porque es precisamente la razón de la constitucionalidad institucional; no de otra manera se debe mirar la función y actividad de los miembros de la Policía Nacional en punto de garantizar que todos los colombianos convivan en paz. **AUTOR.** Concepto. Se entiende por autor, al sujeto activo, a la persona que realiza la conducta típica; también conocida con el nombre de agente, sujeto – agente o autor. **LESIONES PERSONALES CULPOSAS.** Infracción al deber objetivo de cuidado. Anterior a la Ley 599 de 2000, se estimaba que la imprudencia, negligencia e impericia se constituían en mecanismos generadores de la forma de culpabilidad culposa, fundada de manera exclusiva en criterios subjetivos, contexto que presentaba problemas para efectos de la construcción coherente de una teoría del delito, por ello, la doctrina y la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Honorable Corte Suprema de Justicia fueron desplazando los criterios de realización del delito culposo hacia aspectos puramente objetivos, situados en la tipicidad, con la introducción y consolidación del concepto de la "infracción al deber objetivo de cuidado", acuñado por Welzel. Bajo la óptica de esa teoría de pensamiento, lo esencial de la 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 estuviera acompañada del resultado típico, es decir, del desvalor del resultado, por ello, el artículo 23 de la ley 599 de 2000, definió la conducta culposa como aquella que produce un resultado típico mediante la infracción a un deber objetivo de cuidado en la que el sujeto debió haberlo previsto o, habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. Por ello, la doctrina penal moderna y la jurisprudencia actual considera que la infracción al deber de cuidado se satisface con la "teoría de la imputación objetiva", según la cual, un hecho ocasionado por el 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 compromiso se produce en el resultado concreto. En este orden de ideas, el operador judicial frente al examen de una conducta culposa, debe mirar si el sujeto activo dentro de la actividad peligrosa que realiza, creó un riesgo jurídicamente desaprobado, vale decir, no comprendido dentro del riesgo permitido y como consecuencia de esa acción se produce el resultado nocivo, para lo cual deberá evaluar los hechos previos a la ocurrencia del acontecimiento, consonante con la mirada crítica de un buen espectador acomodado en la posición del autor, debiendo incorporar a ello los conocimientos especiales de este último. Así las cosas, se pensaría que debería existir un catálogo de deberes, no obstante, ante esa ausencia, en cada caso en particular el operador judicial debe remitirse a fuentes que sirven de criterios para determinar si se configura o no, la vulneración del deber objetivo de cuidado, tales como que: el autor debe realizar la conducta como lo

haría una persona prudente puesta en el lugar del agente, por manera que si no obra de esa forma infringirá el deber objetivo de cuidado; las normas de orden legal y reglamentaria, estatutos de trabajo dirigidos a subyugar las fuentes de riesgo; el principio de confianza; el criterio del hombre medio, en razón del cual puede valorar la conducta cotejándola con la que hubiera podido realizar una persona promedio dentro de su ámbito, puesto en la posición del autor, por lo que si el sujeto permanece dentro de esos parámetros no habrá violación del deber de cuidado.

RAD. 158771- SEPTIEMBRE -2021, CR. JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA.

6. LEY 890 DE 2004. Improcedencia del aumento punitivo en la legislación castrense hasta tanto se implemente el sistema acusatorio. La Ley 890 de 2004, modificatoria de la Ley 599 de 2000, fue sancionada el 7 de julio de 2004 y solo empezó a regir a partir del 1º de enero de 2005, a excepción de los artículos 7 al 13 que lo hicieron en forma inmediata introduciendo nuevos tipos penales y también incrementando las penas respecto de los delitos de falso testimonio, soborno y fraude procesal. El incremento punitivo contemplado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, tuvo como finalidad promover los preacuerdos y negociaciones bajo el marco procesal del sistema penal acusatorio que trae la Ley 906 de 2004, normatividad que se implementó a nivel nacional en forma gradual. Por consiguiente, el incremento general de penas establecido en el prenombrado artejo se encontró condicionado a la implementación del esquema procesal de tendencia acusatoria. Razón por la cual, en la jurisdicción ordinaria la citada disposición fue inaplicable en aquellos distritos judiciales en donde no se había implementado el referido sistema

procesal, por lo que a pesar de encontrarse vigente la Ley 890 de 2004 seguían rigiendo los extremos punitivos establecidos en la Ley 599 de 2000. Similar situación concurre en los procesos tramitados por la jurisdicción penal castrense bajo el procedimiento de corte inquisitivo consagrado por la Ley 522 de 1999, en tanto el esquema procesal aplicado no contiene las figuras de preacuerdos y negociaciones en los términos contemplados en la norma adjetiva ordinaria de 2004. Situación que tiene lugar dado que a la fecha no se ha implementado en la jurisdicción foral el nuevo sistema penal oral de tendencia acusatoria que trae la Ley 1407 de 2010. En conclusión, hasta el momento la regla general consiste en que es improcedente 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. **LEGALIDAD DE LA PENA.** Importancia. Alcance. El principio de legalidad de la pena se encuentra incluido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 29 de la Constitución Política, en el artículo 2 del Código Penitenciario y Carcelario y también en el artículo 6 del Código Penal Militar, normas convencionales e internas que coinciden en establecer que la creación del delito y de la sanción punitiva deben preexistir a la comisión de la

conducta y sujetarse a las condiciones establecidas para cada tipo penal. De la misma manera, al momento de fijar la pena en la respectiva sentencia el juzgador ha de ceñirse a la que corresponda al delito en particular, es decir, que no es posible hacer juicios interpretativos para justificar o desconocer la asignación de una sanción distinta a la que le corresponda a cada tipo penal, dado que se parte de la premisa que conducta punible es cierta porque la descripción del supuesto de hecho (delito) y su consecuencia jurídica (sanción) es clara, precisa y concisa. Del mismo modo, el principio de legalidad de la sanción penal se concibe como una fuente limitante al poder punitivo del Estado contra la arbitrariedad de los funcionarios judiciales facultados legalmente para impartir justicia penal, dado que la regla general consiste en que la existencia de las conductas típicas y las penas deben ser creadas por el órgano competente antes de la realización del comportamiento delictivo. De la misma manera, tanto la pena como el delito deben constar por escrito en los respectivos códigos penales, de ello se infiere que no se puede acudir a la costumbre o a la analogía para crear penas, delitos o medidas de seguridad.

FAVORECIMIENTO DE LA FUGA CULPOSA.

Legalidad de la pena. El tipo penal de favorecimiento de la fuga de presos en modalidad culposa descrito en el artículo 450 de la Ley 599 de 2000, contiene dos incisos que fijan penas distintas para el infractor dependiendo del delito por el cual el detenido o condenado privado de la libertad, se fugue por culpa del funcionario público encargado de su vigilancia, custodia o conducción. En ese sentido, el inciso primero de dicha normativa castiga con pena de multa y pérdida del empleo o cargo público al servidor que incurra en el delito referenciado, es decir, que en principio

esa es la sanción que ha de imponerse siempre a quienes sean declarados penalmente responsables de la conducta típica aludida. Sin embargo, el inciso segundo del mismo articulado precisa que cuando el detenido o condenado estuviere privado de su libertad por los delitos de genocidio, homicidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el Título II del Código Penal, se impondrá pena de prisión de 32 a 72 meses al servidor público que culposamente permita la fuga. Como puede observarse, el favorecimiento de la fuga de presos en modalidad culposa contiene una sanción más leve frente a la comisión de delitos menores por parte de aquellos detenidos o condenados privados de la libertad que emprendan la fuga como consecuencia de la negligencia del servidor público a su cargo, circunstancia que no genera el mismo impacto y gravedad para la sociedad respecto de aquellos privados de la libertad por la comisión de delitos calificados como atroces según la política criminal del Estado, es decir, los incluidos en el inciso segundo del artículo 450 de la Ley 599 de 2000. Razón por la cual, al servidor público a cargo de la custodia, vigilancia o conducción de aquellos privados de la libertad por la comisión de esos delitos se le exige un mayor grado de diligencia en su labor y, por consiguiente, el reproche penal es más severo. **FAVORECIMIENTO DE LA FUGA CULPOSA.** Prisión Vs Multa. Procedencia. La pena de prisión es ostensiblemente más grave en relación con la multa y la pérdida del empleo, dado que la prisión intramural implica la privación física de la libertad del condenado en un establecimiento carcelario militar o policial, además

conlleva la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, mientras que la multa implica pagar una determinada suma de dinero como consecuencia jurídica de la comisión del delito y la pérdida del empleo es la desvinculación del condenado de la entidad pública a la que pertenezca. A la anterior consideración se le suma que, el mismo legislador reservó la pena de prisión como sanción más grave para el supuesto del inciso segundo del delito de favorecimiento de la fuga culposa, en la medida que con ello se busca exigirle un grado más alto de responsabilidad al funcionario público encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido o condenado por delitos considerados de suma gravedad según la política criminal del Estado, como lo son: el genocidio, homicidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el Título II del Código Penal. Sin embargo, esa situación no se predica del inciso primero del mismo artículo 450 de la Ley 599 de 2000, que reserva la multa y pérdida del empleo como sanción menor para el funcionario que en forma culposa cometa el delito de fuga de presos, circunstancia que opera únicamente cuando quien se fuga esté siendo investigado o haya sido condenado por delitos menos graves que generan menor reproche social, ello es así, porque las penas más gravosas como la prisión debe corresponder a los peores delitos, siendo aquellos los relacionados en el inciso segundo del artículo 450 del código penal, que implican un tratamiento punitivo más severo para el funcionario que en forma culposa permita la fuga de presos investigados o condenados por esas conductas punibles. **MULTA.**

Clasificación. Dosificación. El artículo 39 la Ley 599 de 2000 regula las clases de multa, precisando que existe aquella que puede aparecer como acompañante de la pena de prisión y, en dicho caso, cada tipo penal consagrará su monto que no podrá ser superior a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y otra denominada unidad progresiva de multa, que se presenta en los tipos penales que sólo mencionan ella sin establecer su monto. En este último evento, la tasación de la sanción aludida se regirá por las reglas del numeral 2º y subsiguientes del artículo 39 del código penal, en concordancia con las previsiones que sobre el tema establece el artículo 41 de la Ley 1407 de 2010, debiéndose tener en cuenta la capacidad económica del condenado para efectos de la determinación de la sanción. **RECURSO DE APELACIÓN.** Requisitos. El recurso de apelación constituye el medio idóneo de impugnación de las decisiones judiciales en caso de inconformidad con su contenido, de igual manera permite ejercer el derecho de defensa y garantiza el acceso a la segunda instancia. De esa manera, la jurisprudencia penal ha establecido unos requisitos mínimos para que este medio de impugnación de las decisiones judiciales sea viable, entre ellos: a) la capacidad para interponer el recurso; b) el interés para recurrir; c) la oportunidad para proponerlo; d) su procedencia; y e) su motivación o sustentación, presupuestos concurrentes, que determinan, a la falta de uno de ellos, que el mecanismo interpuesto resulte improcedente y, por consiguiente, se niegue su tramitación. **RECURSO DE APELACIÓN.** Carga argumentativa del impugnante. La motivación o sustentación del recurso, le impone al recurrente la carga de presentar claramente argumentos fácticos y jurídicos dirigidos a atacar la decisión judicial cuestionada,

de lo contrario la consecuencia es declarar desierto el recurso, puesto que resulta imposible abrir el trámite de la segunda instancia frente a una sustentación deficiente de parte de quien impugna la decisión. La adecuada motivación se encuentra circunscrita a que se presente de manera puntual, sustentada y argumentada las razones de hecho y de derecho que permitan socavar la presunción de acierto y legalidad que reposa en la decisión judicial que se debate, razones que trazarán el sendero sobre el cual debe conducirse la labor del funcionario de segundo grado, quien tiene bajo su cargo la tarea de resolver el recurso presentado, sin que pueda desviarse del camino que precisamente le propone la impugnación. **RAD. 158921-SEPTIEMBRE -2021, CR (RA). WILSON FIGUEROA GÓMEZ.**

7. PRINCIPIO DE LIMITACIÓN. Alcance. Frente al principio de limitación al que debe ceñirse el pronunciamiento del Juez de Segunda Instancia, se recuerda que el mismo no registra la calidad de absoluto, en la medida que el Ad quem está facultado para extender su competencia a temas inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación, siempre y cuando, advierta la necesidad de hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional. **INDAGATORIA.** Formalidades. El ordenamiento castrense, Ley 522 de 1999, prevé que el acto de vinculación tiene lugar de manera general con la diligencia de indagatoria, oportunidad procesal en el que se da a conocer al sindicado la imputación fáctica y jurídica, y es el momento en el cual adquiere la calidad de procesado. La indagatoria al sindicado se llevará a cabo, cuando de las pruebas allegadas legalmente a la actuación se pueda inferir que el

investigado puede ser autor o participe de la comisión de los hechos objeto de investigación, los cuales tienen la característica de conducta punible. Tal diligencia, debe cumplir las formalidades establecidas en el título IV –artículos 491 al 506 de la norma antes señalada; entre las que se destacan las advertencias previas al indagado dispuestas en el artículo 495 ibídem como son, entre otras: que la diligencia es voluntaria, libre de todo apremio, que no está obligado a declarar contra sí mismo, el derecho que tiene a nombrar un defensor que lo asista y que, de no hacerlo, se le designará uno de oficio. Advertencias que son de forzoso cumplimiento.

PROCESADO.

Representación en su propia causa. El ordenamiento penal colombiano, establece que el sindicado deberá contar con la presencia de un abogado, escogido por él o de oficio, para que lo asista, no obstante a ello, le da la posibilidad a éste, de poderse representar en caso de ser abogado titulado y estuviere autorizado legalmente para ejercer la profesión, pero hace expresa salvedad, que en la versión libre y en la indagatoria deberá estar acompañado de un abogado, así como también, en el interrogatorio al procesado o cuando el indiciado decide comparecer como testigo en su propio caso. Si bien es cierto, la Ley 600 de 2000, norma de tendencia inquisitiva, similar a la Ley 522 de 1999 previó que el investigado se puede representar en el proceso penal siempre y cuando fuere abogado titulado, con las salvedades ya señaladas, no ocurrió lo mismo en la Ley 906 de 2004, pues dicha norma no precisó nada al respecto, no obstante a ello, la Corte Constitucional ha señalado que si bien esta ley no dispuso dicha posibilidad, la interpretación sistemática de los artículos 118 y 130 del Código de Procedimiento Penal le permitía al investigado, en ciertos casos, intervenir directamente en su

defensa, aunque se hizo énfasis, en lo ya establecido en jurisprudencias en las que se había señalado que, hacía parte del núcleo esencial del derecho de defensa, el derecho a contar con defensa técnica, citando para ello, lo dispuesto en la sentencia C-025 de 1998 *“dichas funciones de defensa del sindicado en las etapas de investigación no pueden ser adelantadas por una persona que no se encuentre científica y técnicamente habilitada como profesional del derecho, so pena de la configuración de una situación de anulabilidad de lo actuado en el estrado judicial por razones constitucionales, o de inconstitucionalidad de la regulación legal o reglamentaria que lo permita”*. Este derecho a representarse en propia causa en los procesos adelantados por el procedimiento de la Ley 906 de 2004, ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia, a través de la tutela. Lo que quiere decir, que es válido, que el procesado que sea abogado titulado y puede ejercer el derecho se represente en causa propia, en los dos sistemas penales que coexisten actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano. **PROCESADO.** Excepciones representación en su propia causa. Existen algunas excepciones como las señaladas en la Ley 522 de 1999, norma en la que concretamente se estableció cuáles eran las diligencias en las que el investigado debía estar asistido por un defensor como fueron: la confesión, artículo 443, numeral 2º *ibídem*; la versión libre, artículo 454 *ibídem*; de las advertencias previas al indagado, *“que tiene derecho a nombrar un defensor que lo asista procesalmente, y que en caso de no hacerlo, se le designará uno de oficio”*, artículo 495 *ibídem*; ampliación de la indagatoria, artículo 498 *ibídem*; reconocimiento en fila, artículo 505 *ibídem*; la audiencia de juicio oral, artículos 567, 568 y 569 *ejusdem*, así mismo, esta norma también previó que las diligencias practicadas con la asistencia e

intervención del procesado sin la de su defensor, se tendrán como inexistentes. **PRUEBA.** Principio de legalidad. En virtud del principio de legalidad de la prueba no podrá apreciarse ninguna que no haya sido ordenada, admitida o producida de acuerdo con las formalidades legales. Principio que es obligatorio y de inmediata aplicación en todas las actuaciones realizadas en el ordenamiento jurídico estatal, en el que se debe garantizar el debido proceso, como es la legalidad de la prueba, aplicando las formas propias de cada juicio para su decreto, admisión y producción. Al punto que, la prueba obtenida con violación del debido proceso resulta inexistente, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia. **NULIDAD Vs INEXISTENCIA.** Se ha establecido que los conceptos de nulidad e inexistencia entrañan tanto definiciones como consecuencias jurídicas distintas así, por ejemplo, la inexistencia se refiere a los actos procesales que carecen de las formalidades esenciales para su validez, mientras que la nulidad se predica de los que han sido dictados por un juez incompetente, han violado el debido proceso o el derecho de defensa. Para la doctrina, la inexistencia tiene un efecto equiparado a la nulidad insubsanable o absoluta, cuya eficacia procesal es de pleno derecho (*ipso jure*), sin declaración judicial, como lo señala el artículo 393 de la Ley 522 de 1999. Por el contrario, la nulidad exige pronunciamiento jurisdiccional que así la declare y genera efectos jurídicos mientras el vicio no sea decretado. **RECURSO DE APELACIÓN.** Carga argumentativa del impugnante. Tiene el deber de exponer las razones de impugnación, los cuales deben presentarse en forma lógica, precisa, coherente, sustentada y clara, las razones fácticas y jurídicas que en criterio del opugnante conducen a la necesidad de corregir o revocar la determinación de

la cual disiente y que lleven, además, al cabal entendimiento del reparo, so pena de que, de no hacerse así, la pretensión resulte impróspera o el recurso se declare desierto, según el caso. **RAD. 159263. SEPTIEMBRE- 2021, TC. JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO.**

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

II. PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTES CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. SP1875-2021, Radicación No. 55959 del 12 de mayo de 2021¹. La Corte Suprema de Justicia al conocer la impugnación especial interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Manizales, analizó la figura del “testimonio adjunto”, indicándose los requisitos que debe cumplir para incorporarse en el juicio. En el siguiente sentido fue el pronunciamiento:

“1. El testimonio adjunto.

La figura del testimonio adjunto, también llamada declaración complementaria, ha sido desarrollada por la jurisprudencia, pues como al amparo de los artículos 271, 272 y 347, entre otros, de la Ley 906 de 2004, las partes tienen la facultad de recibir entrevistas y declaraciones para preparar el juicio, puede ocurrir que cuando los testigos concurren al debate público se retracten de cuanto expusieron anteriormente, introduzcan modificaciones sustanciales o incluso nieguen haber realizado tales atestaciones, proceder en ocasiones

determinado por amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no mantenerse en

una mentira, etcétera, y que atenta contra la recta y eficaz administración de justicia.

A su vez, tal variación en lo expuesto por el declarante puede impedir a la parte que solicitó la prueba acreditar su teoría del caso, precisamente porque la fundó total o parcialmente en las versiones recogidas antes del juicio.

(...)

Tiene dilucidado la Sala que por regla general, únicamente pueden ser objeto de ponderación judicial los testimonios escuchados en el juicio, pues cuando tienen lugar fuera de tal escenario son inadmisibles como elementos de convicción, a menos que se acredite una causal de admisión excepcional por tratarse de una prueba de referencia o de un testigo disponible en juicio que se retractó o varió sustancialmente su versión anterior, el cual puede ser incorporado como testimonio adjunto. En ambos casos es necesario cumplir los

¹ Sala de Casación Penal, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa.

requisitos definidos en la jurisprudencia, respectivamente.

Entonces, la Corte ha dispuesto un conjunto de reglas orientado a superar en el juicio aquellas situaciones de retractación o modificación trascendente de lo declarado por el testigo, en orden a conseguir los mecanismos para que en el marco de un debido proceso garantista de las exigencias de confrontación y contradicción (artículo 16 de la Ley 906 de 2004), la parte interesada pueda integrar como testimonio adjunto, susceptible de ponderación judicial, aquellas manifestaciones anteriores al debate oral.

Así, para incorporar al juicio una declaración previa se precisa de lo siguiente:

(i) El declarante debe retractarse en la vista pública de lo narrado antes, es decir, ofrece un relato sustancialmente diverso al que ya había expuesto.

(ii) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio, oportunidad en la cual expondrá los hechos, será confrontado respecto de sus declaraciones anteriores y responderá las preguntas que sobre el particular le sean formuladas, con el objeto de permitir al juez ponderar la credibilidad de lo dicho antes del debate oral y lo manifestado luego en su desarrollo. La demostración de que el testigo se ha retractado o cambiado la versión atañe al fundamento del instituto.

Esa disponibilidad del testigo para ser conainterrogado permite desarrollar el derecho a la confrontación, constituye la principal diferencia entre prueba de referencia y testimonio adjunto, y es uno de los principales fundamentos de la admisión de tal declaración anterior al juicio como prueba, en cuanto asegura el

equilibrio entre la eficacia de la administración de justicia y la materialización de las garantías debidas al procesado.

(iii) La declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, para que el juez, contando con las dos versiones, pueda valorarlas y definir la credibilidad de una y otra, o inclusive, de apartes de la anterior y fragmentos de la última, o descartarlas.

De ninguna manera se quiere significar que la primera versión de los testigos recoja de manera fidedigna la forma en que ocurrieron los sucesos, sino resaltar la importancia de que el fallador pueda discernir entre la declaración anterior y la expuesta en el juicio a cuál o a qué segmentos otorga credibilidad, motivando debidamente su decisión.

La incorporación de dicho texto permite que todos conozcan su contenido, máxime si tendrá el carácter de medio probatorio, a partir de lo cual se podrán ejercer los derechos de contradicción y confrontación, además de que el juez estará en condición de dimensionar su aporte demostrativo, en especial al momento de expresar por qué le otorga mayor credibilidad a la declaración anterior al juicio o a la recibida en él, sin perjuicio de que ambas puedan ser razonadamente desestimadas.

(iv) Es necesario que la parte interesada solicite en el desarrollo del juicio la incorporación de la declaración anterior, como prueba, al percatarse de la retractación del testigo o de la modificación sustancial de su atestación pretérita. En un derecho de partes le está vedado al juez incorporar oficiosamente tal versión anterior.

Esa solicitud de parte cumple dos importantes funciones:

En primer lugar, le permite a la contraparte oponerse, pues no puede olvidarse que la incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral, como prueba, constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 que corresponde a una norma rectora. Además, puede afectar derechos de la contraparte en el ámbito de la contradicción y la confrontación. Finalmente, por tratarse de una decisión trascendente en el ámbito probatorio, debe contar con la garantía del contradictorio, esto es, la posibilidad de oposición a que sea incorporada.

En segundo término, brinda claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo, pues en el proceso no puede haber incertidumbre acerca de los medios de convicción practicados o incorporados con vocación para sustentar la sentencia, finalidad desarrollada por el legislador al establecer las reglas del descubrimiento probatorio, la enunciación, solicitud y decreto de pruebas en la audiencia preparatoria, así como en la regulación de la prueba sobreviniente.

Dentro de la misma función se constata que si por regla general las declaraciones anteriores al juicio oral no tienen el carácter de pruebas, su admisión excepcional en tal condición debe ser ordenada por el juez a solicitud de la parte interesada, exigencia que sirve para diferenciar la prueba de referencia y el testimonio adjunto, de otros usos posibles de las declaraciones anteriores, como el refrescamiento de memoria y la impugnación de credibilidad.

Desde luego, la claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo evita

debates como el aquí suscitado, en contra de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, motivo por el cual se impone que la Fiscalía, entre otros sujetos procesales e intervinientes, asuma su rol con la precisión necesaria en orden a solicitar la incorporación de las declaraciones anteriores como testimonio adjunto, una vez cumplidas las demás exigencias para que tengan tal carácter, sin que, desde luego, se trate de una fórmula rigurosamente sacramental, como que en cada caso deberá constatarse si materialmente se trató o no de un testimonio adjunto.

Resta señalar, que las falencias en el cumplimiento de los referidos requisitos deben analizarse a la luz del principio de trascendencia, de tiempo atrás desarrollado por la Corte en el ámbito de las nulidades y en el estudio de la exclusión probatoria, sobre todo cuando se trata de las denominadas pruebas ilegales, en contraposición a las llamadas pruebas ilícitas.

En efecto, la Sala ha precisado que cuando se alega la violación de algún requisito para la obtención o práctica de los medios de convicción, debe analizarse la trascendencia del yerro, en orden a establecer si el mismo es de tal entidad que justifique una decisión tan importante como la exclusión de una prueba pertinente. Lo anterior, sin perjuicio de los requisitos establecidos para cada medio de prueba se cumplan a cabalidad, precisamente para evitar situaciones como la que ahora ocupa la atención de la Corte.

(...)

En ese contexto, materialmente las declaraciones anteriores fueron utilizadas para demostrar la retractación y/o

cambio de versión. Esto es importante, porque la juez utilizó un término inapropiado (impugnación de credibilidad) cuando preguntó a la Fiscal por su intención de incorporar tales exposiciones.

Al respecto se tiene que la impugnación de la credibilidad es un procedimiento diferente a la incorporación de una declaración a título de testimonio adjunto. La diferencia sustancial emana de las mismas denominaciones, pues se impugna credibilidad para restarle fuerza demostrativa al testigo, mientras que el testimonio adjunto supone la incorporación de una prueba –en este caso la versión rendida por fuera del juicio–, con el propósito de que sea tenida en cuenta por el juez como soporte de la condena.

A partir de lo anterior, colige la Corte que en este caso la Fiscalía utilizó las declaraciones anteriores con el claro propósito de que las mismas fueran valoradas por la juez, esto es, que fueran tenidas como testimonios adjuntos.

Así fue asumido por todos los intervinientes, pues, en primer lugar, la Fiscalía nunca expresó su intención de restarle credibilidad a los declarantes. En segundo término, su finalidad estaba claramente dirigida a demostrar que las versiones rendidas por fuera del juicio oral, que fueron soporte trascendente de la acusación, así como de la solicitud de medida aseguramiento formulada por la Fiscalía –la cual fue negada en primera instancia, pero concedida en segundo grado–, daban cuenta de lo realmente acontecido. En tercer lugar, en vez de acreditar contradicciones puntuales en las versiones –lo que es propio de la impugnación de credibilidad–, la Fiscalía incorporó el contenido de las declaraciones anteriores.

En cuarto término, cuando la juez indagó por la intención de incorporar las declaraciones anteriores –lo que no procede cuando simplemente se impugna credibilidad, ya que en esos casos es suficiente con leer el punto específico de contradicción–, la Fiscalía hizo manifiesto su propósito de que las mismas hicieran parte del acervo probatorio. Por último, aunque la juez utilizó el término “impugnación de credibilidad”, de lo acontecido se desprendía unívocamente que el propósito era que las mismas se tuvieran como testimonios adjuntos.

Así, se tiene que los testigos comparecieron al juicio oral, donde la Fiscalía demostró que se retractaron o cambiaron sustancialmente sus versiones. El ente acusador de manera poco ortodoxa expresó su intención de que las declaraciones anteriores fueran incorporadas como pruebas, lo que fue aceptado por la juez, pese a que cuando preguntó a la Fiscal por el propósito de incorporar dichas declaraciones aludiera a la impugnación de credibilidad.

Es atinente destacar que la defensa tuvo la oportunidad de oponerse y pudo contrainterrogar a los testigos sobre lo declarado dentro y fuera del juicio oral, pero renunció a ello. En suma, si bien es cierto ocurrieron imprecisiones durante el proceso de incorporación de las declaraciones anteriores a título de testimonios adjuntos, las mismas no tienen la trascendencia suficiente para desestimar dichas pruebas.

Debe destacarse que los testimonios recibidos en la vista pública no versaron únicamente sobre la imposibilidad de los declarantes de haber percibido la comisión de los homicidios, pues también se abordó el tema de lo expuesto antes del juicio, de modo que, se reitera, no fue

sorprendida la defensa al respecto, estando en posibilidad de confrontar y contradecir, pues todo ocurrió en su presencia.

Así las cosas, le asiste razón a la Corporación de segundo grado, pues conforme al mandato legal y en especial, a los principios de inmediación, contradicción y confrontación, las entrevistas rendidas previamente al juicio, en especial las de BMT y ONC, corresponden materialmente a testimonios adjuntos y, como tales, sirvieron de fundamento al fallo de condena.” Proveído completo siguiendo el hipervínculo. **Radicación No. 55959 del 12 de mayo de 2021.**

2. AP4541-2021, Radicación No. 59902 del 29 de septiembre de 2021². La Corte Suprema de Justicia al conocer del recurso de apelación interpuesta contra una sentencia del Tribunal Superior de del Distrito Judicial de Barranquilla, reiteró la importancia de los principios de motivación de las providencias judiciales y el de limitación del recurso de alzada.”. En el siguiente sentido fue el pronunciamiento:

“1.2. Sobre los principios de motivación de las providencias y limitación del recurso y su intrínseca relación.

1.2.1. El primer postulado, entraña singular importancia, pues se relaciona con la adecuada motivación de las providencias judiciales, como deber legal de los funcionarios, en tanto corresponde a una garantía fundamental inherente al

debido proceso, misma consagrada a favor de las partes e intervinientes, con el fin que a partir de la exposición clara e íntegra de los argumentos de orden fáctico, jurídico y probatorio, su sustento permita el ejercicio pleno de contradicción como componente del derecho de defensa.

A ese respecto, la Sala tiene señalado que:

“Como la obligación de justificar lo decidido no se inscribe únicamente en el marco general de los derechos sino en el ámbito de las garantías judiciales, dicho postulado no admite limitación, ponderación o discrecionalidad alguna, sino que constituye un imperativo categórico para el juez que, administrando justicia, adopta una decisión en nombre del Estado y define la controversia jurídica que ha sido sometida a su consideración. Tal prerrogativa propende por la efectividad del imperio de la ley, esto es, del sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico y garantiza su imparcialidad.

A su vez el artículo 162 de la Ley 906 de 2004 determina los requisitos que deben contener las sentencias y los **autos**, entre otros: la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación originados en el debate, así como la decisión frente a la solicitud invocada, en términos claros y concretos que permitan su eventual control posterior.

De tal manera, la motivación de las providencias es una actividad sensible en el proceso, cuyos defectos, sin duda,

² Sala de Casación Penal, MP. Gerson Chaverra Castro.

repercuten en los derechos y garantías de los intervinientes, sin que nada justifique la restricción derivada de la ausencia de motivos en la determinación, pues no solo socaba el debido proceso, sino además impide el derecho de defensa y limita la posibilidad de manifestar su inconformidad.

Sobre el particular, la Corte ha estimado:

1) No se discute que la fundamentación de la sentencia se erige en un principio de justicia con el fin de garantizar los postulados inherentes al Estado Social y de Derecho, toda vez que la función jurisdiccional debe ser racional y controlable (principio de transparencia), y en consecuencia aquella asegura la imparcialidad del juez y resguarda el principio de legalidad, haciendo efectivo, por contera, el cabal ejercicio del derecho a controvertir las decisiones, en la medida que al exigir del funcionario judicial la motivación de las mismas para conocer los argumentos que le sirven de sustento, la labor de confutación puede acometerse con facilidad, bien sea, aportando elementos de juicio que la desvirtúen, o en últimas, impugnando la providencia mediante la crítica de la prueba que la soporta o del derecho empleado (normas y tesis jurídicas) para respaldar el pronunciamiento.

En cuanto a los defectos en la motivación de las decisiones, la Sala ha identificado cuatro significativas situaciones: (i) ausencia absoluta de motivación, por no haberse consignado los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya; (ii) motivación incompleta o deficiente, configurada cuando el funcionario omitió pronunciarse sobre algunos de los aspectos descritos o dejó de examinar los alegatos de los sujetos procesales en aspectos trascendentales para resolver el

problema jurídico concreto, impidiendo saber cuál es el soporte de la decisión; (iii) motivación ambigua, ambivalente o dilógica, que tiene ocurrencia cuando el juez recae en contradicciones, involucra conceptos excluyentes entre sí, al punto de hacer imposible desentrañar el contenido de la parte considerativa y, (iv) motivación sofisticada, aparente o falsa, surge cuando el fundamento probatorio de la decisión no consulta la realidad que exhibe el proceso, construye una realidad diferente y se llega a conclusiones abiertamente equívocas.

1.2.2. Ahora, en lo que hace al segundo postulado, esto es, el de limitación del superior para desatar la apelación, se constituye, igualmente, en una garantía en favor del sujeto procesal apelante, en la medida en que, conociendo la solución a su pretensión, decide cuestionarla en búsqueda de una reconsideración, en sede de la cual, el funcionario superior estará atado a los argumentos de censura y a cuanto a todo aquello que esté inescindiblemente vinculado con ella.

A ese respecto, habrá de indicarse, si bien en el sistema procesal consagrado en la Ley 906 de 2004, no se condensa una norma que de forma específica regule la competencia funcional del superior para resolver el recurso de apelación, en cuanto a los límites del debate fijados en la censura y a los que se relacionen intrínsecamente con su objeto, tal principio descansa en el contenido del artículo 31 de la Constitución Política, en virtud del cual, la segunda instancia sólo podrá extenderse a los asuntos referidos por el recurrente como oposición, pero no en el estudio de aspectos no contemplados en el recurso, salvo advierta la violación de garantías fundamentales que lo obliguen a intervenir para salvaguardarlas.

Esa constituye una barrera estricta frente al ámbito de competencia del superior que, en modo alguno, podrá corregir, subsanar o enmendar las deficiencias argumentativas del inferior o ajustar el proceso a la legalidad derivado de la irregularidad, vacío u omisión verificado en el trámite, so pena de afectar la garantía de la doble instancia.

De acuerdo con lo anterior, el marco de la competencia funcional del operador en su quehacer frente al recurso de apelación, está circunscrito al punto apelado, pues ese conforma los claros límites del pronunciamiento que desata la alzada. En punto de lo cual, la Sala tiene indicado:

“...La sustentación, en otras palabras, fija el marco de examen y pronunciamiento sobre la cuestión debatida al funcionario de segunda instancia y es limitativa de su actividad.

De manera que, si los fundamentos de la impugnación establecen el objeto de pronunciamiento del ad quem, y ellos están referidos a discutir los términos y conclusiones a que arribó el a quo, resulta evidente la relación de necesidad que se produce entre la providencia impugnada, la sustentación de la apelación y la decisión del funcionario judicial de segunda instancia. Por tanto, providencia apelada y recurso, conforman una tensión que debe resolver el superior. Se trata de una de las manifestaciones más decantadas del principio de contradicción o controversia que rige el proceso penal y que explica el deber legal que tiene el funcionario judicial de integrar a la estructura de su decisión la exposición del punto que se trata y los fundamentos jurídicos de ella.

Este criterio de la Sala, referido a la restringida competencia del superior cuando del recurso de apelación se trata, ha sido pacíficamente reiterado por la

Corte en varios pronunciamientos en los cuales se ha precisado que a diferencia del desaparecido grado jurisdiccional de la consulta, cuya existencia se inspira en el interés general, tiene carácter imperativo, y la competencia del superior es plena e ilimitada, los recursos son potestativos de los sujetos procesales, están basados en el interés del impugnante y la competencia por el factor funcional es limitada. De acuerdo con su albedrío, las partes pueden recurrir y el ad quem sólo revisa los aspectos que son materia de impugnación. Lo cierto del caso, es que una vez interpuesto el recurso de apelación, el superior funcional del servidor judicial que profirió la decisión recurrida, tiene una limitación funcional en el sentido de que solamente puede revisar los aspectos impugnados u otros sustancialmente vinculados a éstos (artículo 204 C. P. P. de 2000), de modo tal que si llega a pronunciarse sobre aspectos no comprendidos en la impugnación o respecto de aquellos no vinculados inescindiblemente a los motivos en que se funda el disenso, tendría que admitirse que éstos, por ausencia de una manifestación expresa al respecto en la resolución de primera instancia, no pudieron ser controvertidos por el apelante, y entonces los mismos carecerían de la doble instancia constitucional y legalmente garantizada. (...)

La doble instancia como medio ordinario y eficaz para controvertir decisiones judiciales debe ocuparse de revisar los problemas jurídicos propuestos por el recurrente y los que tengan una conexidad con éstos, además de los que oficiosamente deban ser asumidos para la protección de derechos y garantías fundamentales y la realización de los fines esenciales de la justicia material en el caso concreto, situaciones que han de ser

resueltas antes de que la providencia adquiriera la condición de cosa juzgada.

La regla por seguir impone que no puede tener segunda instancia lo que no ha sido materia de decisión en primera, ni lo que ha sido objeto del recurso, la excepción está dada como se ha dicho por la oficiosidad en protección de garantías y lo que tenga relación necesaria y consecuencial con el asunto que ha sido objeto de examen y decisión por el a quo. De lo que surge claro, no se trata de prohibir al superior exprese argumentos adicionales a los señalados por el funcionario de primer grado, sino, que no debe agregar o complementar los
. 59902 del 29 de septiembre de 2021.

argumentos del inferior excediendo el principio de limitación, cuando es evidente la ausencia de motivación, en tanto quebranta el derecho a la doble instancia, habida cuenta que, ante la inexistencia de cualquier fundamento fáctico, jurídico y probatorio en la decisión de primer grado sobre el asunto en cuestión, se incurre en un vicio de estructura que afecta la validez del trámite judicial, sólo susceptible de ser reparado por quien omitió cumplir con el deber de resolver y motivar conforme a la propuesta de los sujetos procesales, incluidas todas sus postulaciones".
Proveído completo siguiendo el hipervínculo



Berledis Banquez Herazo

Relatora

relatoriatribunalipm@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