



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**

I. PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL MARZO 2022

1. DESOBEDIENCIA: Descripción típica. Se trata de un delito que se consuma con la sola realización de la conducta, catalogándose como de peligro abstracto por cuanto se concreta con el incumplimiento de una orden emitida por el superior, sin necesidad de que se produzca un resultado material, en tanto la amenaza al bien jurídico determina su antijuridicidad.

DESOBEDIENCIA: Características. Es considerado este delito mono ofensivo, por cuanto ampara sólo un bien jurídico, como lo es la disciplina, e incumbe a un tipo penal en blanco, ya que debe ser engranado con otra disposición legal que conduzca a su adecuada comprensión y alcance, teniendo en cuenta que el supuesto de hecho no está regulado de manera íntegra en el precepto legal.

DESOBEDIENCIA: Sujeto activo. Corresponde a un tipo penal mono subjetivo, por cuanto la conducta puede ser realizada por un único autor, quien debe sostener la condición de militar o policial y en dicha calidad ser receptor de una orden legítima del servicio.

DESOBEDIENCIA: Juicio de valoración. La tipicidad como elemento constitutivo de la conducta punible, exige una definición “inequívoca, expresa y clara” de las características que estructuran el tipo penal, por ello, al realizar el juicio de valoración del punible se han de examinar tanto los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal, como también los elementos especiales entre los que se destaca como ingrediente normativo concebido particularmente para el delito de desobediencia la “orden legítima del servicio”. **DESOBEDIENCIA: Requisitos de la orden.** Una orden además de ser

legítima del servicio requiere que sea “impartida por su respectivo superior”, significando que solo podrá ser aquella manifestación de la voluntad de un superior en ejercicio de su propia autoridad o competencia quien emita un mandato a un subordinado jerárquico que tiene el deber concreto de ejecutarlo; queriendo significar esto, que esa orden debe ser personal y dirigida de manera concreta al militar o policial, entablándose así una relación directa entre el superior que formula la orden y el subalterno que está obligado a ejecutarla.

DESOBEDIENCIA: Órdenes generales no interesan al derecho penal. La orden a la que se refiere este delito es aquella concreta y específica, por lo que la omisión a órdenes permanentes, generales o contenidas en disposiciones reglamentarias solo puede encontrar eco en el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional o Fuerzas Militares y, por lo mismo, no constituye punible, por cuanto esa clase de órdenes son genéricas e impersonales, estableciendo un deber imponible a todos quienes se encuentren en la misma condición, sin que se exija la necesidad de un intermediario, para que decrete algo en particular.

ÓRDEN LEGÍTIMA: Definición. Es aquel mandato lógico, oportuno, claro, preciso y conciso, dado por aquel a quien se atribuye una función de mando (superior militar o policial con destino a un subalterno), que se debe cumplir en el tiempo y del modo indicado por el superior, para que se verifique el requisito de su precisión o concreción y que guarde relación directa con la finalidad constitucional que entroniza la misión de la Fuerza

Pública, debiendo estar relacionada con una actividad propia del servicio, es decir, a tareas determinadas en el ámbito operativo, logístico y administrativo, y que en el evento de darse en la esfera operativa, es indispensable reglar un asunto comportamental de dicha órbita como directriz para mantener el orden interno del componente policial, siendo de naturaleza puntual y destinada con exclusividad para el personal comprometido en el cumplimiento de una tarea explícita, por lo que la respuesta a su transgresión genera acción penal y consecuencias disciplinarias.

DESOBEDIENCIA: Eventos en que un comportamiento no constituye trasgresión penal. Las actividades propias del servicio inherentes al desarrollo normal de la vida policial y militar que deben cumplirse regularmente, cuya inobservancia ocasional, per se, no significa la estructuración objetiva y subjetiva del delito de desobediencia; son irregularidades que lesionan o menoscaban el desarrollo de una actividad institucional, que trasgrede la disciplina policial o militar como interés jurídicamente tutelado en el ámbito reglamentario, pero no con la entidad y gravedad que requiere la estructuración del delito de desobediencia, en razón a que los uniformados en servicio activo están sometidos a una serie de deberes, preceptos, mandamientos, prohibiciones y limitaciones en general y algunas en particular, según las circunstancias del momento y del lugar, cuya infracción o violación no constituyen delitos sino faltas, tal como acontece con aquellas órdenes cuyo incumplimiento a pesar de lesionar la disciplina y menoscabar el desarrollo de una actividad, afectan en particular el régimen disciplinario y por ende el orden interno de la institución, conllevando a tan sólo reproche en ese campo, pues, por su naturaleza no

alcanzan a transitar en el ámbito de la órbita penal. **DERECHO PENAL: Última ratio.** Entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del derecho penal como postrimero instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas, luego, si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso, así que, son preferibles aquellas sanciones menos graves si se alcanza el mismo fin intimidatorio, es decir, estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente utilitaristas, mayor bienestar a un menor costo social.

LIMITACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO: Aplicación. Este principio tiene una base indudable de carácter gubernamental, pues la decisión de intervenir constituye una determinación del legislador, de tal manera que aquéllos sirven de orientación para las medidas que dentro del sistema jurídico penal se adopten, significando que tal principio tendría un grado de laxitud que podría afectar el carácter limitador del ius puniendi, sin embargo, su concreción puede hallarse (aunque no exclusivamente), en los presupuestos axiológicos que conforman un estado social y democrático que se desprenden de la constitución. Es por ello que la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer es la pena, la que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, siendo este el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales a través del derecho penal, con su efecto limitativo de las libertades individuales, cuando no exista otro medio de protección de los

bienes jurídicos que resulte menos invasivo y el derecho penal militar no es la excepción a la regla menos cuando existen normas disciplinarias que contiene correctivos a conductas y comportamientos que no pasan al umbral del ámbito penal. **RAD. 159074, 22-MAR-2022 – DESOBEDIENCIA - APELACIÓN SENTENCIA ABSOLUTORIA – MP. BG. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.**

2. NULIDAD: Oportunidad para invocarla.

El artículo 390 de la Ley 522 de 1999, establece: “Oportunidad para alegarla. Salvo disposiciones en contrario, las causales de nulidad podrán alegarse en cualquier estado del proceso (...)” y, a renglón seguido, en el canon 391 ídem se previó: “Oportunidad para invocar nulidades originadas en la etapa de instrucción. Las nulidades que no sean invocadas hasta el término de ejecutoria de la resolución de acusación solo podrán ser debatidas en el recurso de casación”. Por regla general los sujetos procesales pueden en principio invocar causales de nulidad en cualquier etapa del proceso, también lo es, que tal regla encuentra una clara excepción cuando la causal se origina en la fase de instrucción, ésta solo podrá alegarse hasta el término de ejecutoria de la resolución acusatoria. Reseña jurisprudencial. **PRINCIPIO DE LEALTAD PROCESAL: Alcance.** 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 solo 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: Principios que rigen el instituto.** Son los que dan real sentido procesal y alcance a las causales de invalidación, por ello quien la pretenda debe invocar los motivos legales que dan lugar a la nulidad (principio de taxatividad), también debe 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). Sin ello, no tiene lugar la aplicación de la sanción procesal, en esencia porque lo que se pretende salvaguardar no solo son los derechos y garantías de los sujetos intervinientes cuando estos resulten agraviados de forma real y cierta, no meramente formal con una actuación procesal, sino además las bases estructurales de la investigación y el juzgamiento. Reseña jurisprudencial. **VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA: Carga argumentativa para invocarse como causal de nulidad.** Quien alega la violación del derecho de defensa, no solo tiene el indeclinable deber de señalar la prueba o pruebas dejadas de realizar, o que se hayan practicado irregularmente, sino también acreditar su trascendencia, es decir, demostrar que la misma apareja un evidente beneficio procesal para el acriminado, por medio de los juicios de pertinencia, conducencia y utilidad pero, además, debe probar que el funcionario judicial se negó en forma arbitraria a su práctica o no se interesó por averiguar aspectos relevantes. **PRUEBA TESTIMONIAL: No contempla dentro de sus requisitos citar a la defensa para su práctica.** La pretermisión de la citación del defensor a la práctica de prueba testimonial debidamente ordenada, notificada y ejecutoriada, en el sistema procesal con tendencia inquisitiva

regulado por la Ley 522 de 1999 es distinto al del sistema con tendencia oral acusatorio que pregona en la Ley 906 de 2004, puesto que esta, no consagra el procedimiento castrense actual la figura del contrainterrogatorio, por ello, a menos que sea requerido por el sujeto procesal, no es de obligatorio cumplimiento por el juez que libre citación a los sujetos procesales para practicar un testimonio.

EXENCIÓN DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO POR SER HIJO ÚNICO. No se constituye cuando se tienen hermanos adoptivos. Reseña legal.

INCORPORACIÓN AL SERVICIO MILITAR: Trámite legal. La Ley 48 de 1993, modificada por la Ley 1861 de 2017, es un acto precedido por varios estadios, entre los que se destacan la fase de inscripción, exámenes de aptitud psicofísica y sorteo; dispone de un primer examen médico que ordinariamente determina la idoneidad para el servicio militar, pero existe la posibilidad de un segundo examen opcional, por decisión de las autoridades de reclutamiento o a petición del inscrito, que en última instancia establecerá la capacidad psicofísica. Tras ser elegidos los conscriptos que superen el proceso, son declarados aptos una vez cumplidos los requisitos de ley, quienes son citados a un lugar, fecha y hora acordados por las autoridades de reclutamiento con fines de selección e ingreso, lo que constituye su incorporación a filas para la prestación del servicio militar. Habrá de decirse que en las filas del Ejército Nacional no pueden existir soldados sin haber sido incorporados previo el trámite de ley.

ACTO ADMINISTRATIVO DE INCORPORACIÓN: Consecuencias legales.

Una vez publicitado el acto administrativo de incorporación se generan todas las consecuencias legales correspondientes, vale decir, el reconocimiento de los derechos y obligaciones que enmarcan la prestación del servicio militar, pues

referido acto administrativo goza de presunción de acierto y legalidad, siendo posible derrumbarlo solo a través de algunos mecanismos judiciales y ante autoridades jurisdiccionales competentes, que obviamente escapan de la órbita funcional de la Justicia Penal Militar y Policial. **PROCESO DE INCORPORACIÓN: Irregularidades posteriores del acto administrativo.** Reseña jurisprudencial.

ACTO ADMINISTRATIVO DE INCORPORACIÓN: Alcance. Otorga al incorporado no solo los derechos y deberes frente a la Fuerza Pública, sino que además lo hace sujeto de acción disciplinaria conforme los Reglamentos de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares y/o la Policía Nacional y, sujeto de aplicación de la ley penal militar en los eventos de comisión de delitos que guarden relación con el servicio. **ACTO ADMINISTRATIVO DE INCORPORACIÓN: Presunción de legalidad.**

El acto administrativo es la manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos, que se presume legal hasta tanto no sea declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa, por cuanto ésta tiene la capacidad de crear o modificar una situación jurídica subjetiva en beneficio o a cargo de una persona, o permiten aplicar a esta una situación jurídica objetiva. Reseña Jurisprudencial.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: Procedencia como causal de exención al servicio militar obligatorio.

A partir del postulado que prevé el artículo 216 constitucional, todos los ciudadanos colombianos deben tomar las armas para defender la independencia nacional y las instituciones públicas cuando las circunstancias así lo exijan, mandato superior que reitera el servicio militar obligatorio, pues la misma carta política señala que la ley fijará las

condiciones para eximir de la prestación del servicio militar, es así como por vía de la Ley 48 de 1993 se determinaron las causales que en todo tiempo exoneran de tal obligación y no se paga cuota de compensación, al igual que fijó la exención que opera en tiempos de paz. Ahora bien, pese a que la objeción de conciencia no está consagrada objetivamente en la Ley 48 de 1993, la Corte Constitucional mediante sentencia C-728 de 2009, a partir de una interpretación sistemática construida desde los artículos 18 y 19 de la Carta Política, consideró que si existe dicha garantía como exención al servicio militar obligatorio. Sin embargo, este criterio jurisprudencial la Corte lo condicionó a que para su viabilidad dicha objeción debe tener una entidad tan alta que realmente amenace la libertad de conciencia y la religión, es decir, unas características que han de ser profundas, fijas y sinceras; adicional a ello, quien invoque ser objetor de conciencia tiene la obligación de demostrar manifestaciones externas de sus convicciones y sus creencias. **OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: Convicciones y creencias.** Reseña jurisprudencial. **RAD. 159630, 29-MAR-2022, DESERCIÓN, APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA, MP. CR. JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA.**

3. DERECHO DE DEFENSA: Concepto. Considerado como de carácter fundamental en la Constitución Política de Colombia, fue descrito en términos similares por la ley penal militar que lo instituyó como norma rectora del procedimiento penal castrense, y del que la Corte Constitucional considera como: *“El conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo básico es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite se puedan hacer valer sus derechos sustanciales y se logre el respeto de las formalidades*

propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia.” **DERECHO DE DEFENSA:**

Ausencia de defensa técnica como causal de nulidad. La falta de defensa técnica o el abandono defensivo puede constituirse en causal que vicia de nulidad una actuación por el desconocimiento de una garantía procesal de tan elevada trascendencia, para ello es menester demostrar la efectiva afectación del derecho de defensa, para que tenga eco una solicitud de nulidad. **NULIDAD: Causales.** i) la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y ii) la violación del derecho de defensa. **DERECHO DE DEFENSA:**

Modalidades. El ejercicio de la defensa en materia penal comprende dos clases: La defensa material y la defensa técnica. La defensa material es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado, y la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un abogado escogido por el procesado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor de oficio otorgado por el despacho judicial, o un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública. **DEFENSA TÉCNICA: Implicaciones.**

a) Una tiene que ver de manera general en que “el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resulten compatibles con su condición”, esto de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 130 de la Ley 906 de 2004. No empece, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquella. b) la otra, se encuentra en el numeral 7° del artículo 125 ibidem, y es que el defensor técnico tiene la atribución de interponer y sustentar, si lo estimare conveniente, las nulidades, los recursos

ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión. **DEFENSA TÉCNICA: Relevancia.** Quien asuma la defensa debe estar preparado para tal fin, al punto que la Ley 1123 de 2007 (Código Disciplinario del Abogado), en el artículo 34 literal i) establece que constituye falta de lealtad con el cliente: "Aceptar cualquier encargo profesional para el cual no se encuentre capacitado, o que no pueda atender diligentemente debido al exceso de compromisos profesionales." Reseña jurisprudencial. **DELITO IMPRUDENTE: Demostración probatoria.** No resulta suficiente la producción de un resultado lesivo para, de manera automática, concluir que se debe endilgar responsabilidad penal por la comisión del daño al realizador de la conducta, pues es requisito de demostración probatoria que el sujeto haya realizado la acción sin el cuidado exigible ex ante de acuerdo con su capacidad individual, entendida ésta como el conocimiento que la persona tenía del riesgo creado al momento de realizar su conducta. **DELITO IMPRUDENTE: Infracción al deber de cuidado.** Reseña jurisprudencial. **CULPA DE LA VÍCTIMA: Como causal excluyente de responsabilidad.** Para imputar jurídicamente un resultado lesivo a un sujeto determinado no basta con la mera causalidad, puesto que, si bien es necesario que en el proceso resulte probado este aspecto, ello no es suficiente en tanto refulge forzoso para el juez la confirmación y no la suposición de la creación del riesgo no permitido por el autor (tipo objetivo), el conocimiento de que con la acción se creaba o incrementaba el peligro y se trasgredía el deber de cuidado (tipo subjetivo). **CULPA DE LA VÍCTIMA: Connotación.** Debe ser considerada como un eximente de responsabilidad total, siempre que esta sea la única causa exclusiva y determinante del daño. La actuación de la

víctima es la que, inequívocamente, podría conllevar como consecuencia ese determinado resultado dañoso. Esta figura tiene como fundamento que, quien con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, produjo exclusivamente su propio perjuicio, debe asumir las consecuencias de su actuar. Ha de entenderse también que la causalidad como elemento corresponde a la constatación objetiva de una relación natural de causa y efecto mientras que, la culpabilidad como fundamento se refiere a la valoración subjetiva de una conducta. **CONCURRENCIA DE CULPAS: Comportamiento imprudente.** Esta figura se da al constatar acciones imprudentes por parte de la víctima y el victimario. Si la víctima actuó en forma imprudente ello no determina la inocencia del acusado, por cuanto en el actual esquema dogmático penal no opera la compensación de culpas dado que cada sujeto que interviene en determinado hecho debe responder en forma individual. **RESPONSABILIDAD PENAL: Atribución de la conducta.** Reseña jurisprudencial. **RAD. 159064, 22-MAR-2022, LESIONES PERSONALES CULPOSAS, APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA, MP. CR. ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA.**

4. DEBIDO PROCESO: Marco constitucional. El artículo 29 Superior consagra como parte del debido proceso y del derecho a la defensa, la facultad del procesado para presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, estableciendo una facultad en este postulado fundamental que el legislador ha desarrollado y fijado en la normatividad adjetiva, siendo de competencia de la respectiva autoridad judicial la determinación acerca de la validez, racionalidad, pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas a partir de las cuales formará su convencimiento y sustentará la decisión final, ello

atendiendo a que el propósito de éstas, dada la consideración del proceso penal moderno como un método dialéctico, no es otro que 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. **VERDAD HISTORICA: Deber de los operadores judiciales en su búsqueda.** Se 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. Es decir, los objetos de esclarecimiento respecto de un injusto penal en especial, deben tener como referentes la determinación acerca de quién o quiénes son los autores y partícipes, cuáles fueron los motivos y factores que influyeron en la violación de la ley sustantiva, las circunstancias modales y temporales en que ello tuvo lugar, las condiciones políticas, económicas y sociales que enmarcaron el acontecimiento delictivo, los daños y perjuicios ocasionados con el injusto penal y, asimismo, las circunstancias que pudieren explicar a la luz del derecho aquella violación e incluso las que pudieren, bajo igual espectro, avalarla. **DERECHO PARA PRESENTAR Y CONTROVERTIR LAS PRUEBAS: Importancia.** En punto al derecho que asiste a todo procesado, por sí mismo o a través de quien ejerce su defensa técnica, de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen dentro del rito procesal contemplado en la Ley 522 de 1999, es de tal envergadura que enfática ha sido la

Corte Constitucional en punto a que: i) el juez sólo puede condenar con base en pruebas legales y debidamente aducidas al proceso que lo lleven a la certeza de la responsabilidad del procesado; ii) se trata de una garantía que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo; iii) para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer; iv) el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que siendo racionales, conducentes y pertinentes resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de los sujetos procesales y/o se abstiene de practicar aquellas concernientes al thema probandum que fueron legal y oportunamente decretadas; v) en virtud del derecho de contradicción, el procesado tiene derecho a oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra, vulnerándose esta garantía cuando “se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso”; vi) el prenombrado derecho, comprende además la facultad para participar efectivamente en la producción de la prueba, y exponer sus argumentos en torno a lo que establecen los medios de prueba; y vii) el núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas. **INVESTIGACIÓN INTEGRAL: Principio rector.** El derecho a la prueba establecido como una de las dimensiones del derecho de defensa llevó al legislador a consagrar el artículo 469 de la ley 522 de 1999 el principio de investigación integral, principio rector que, como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, se encuentra

íntimamente ligado con la imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba por virtud del cual le atañe, en conexión con el principio de oficiosidad probatoria, investigar con igual ahínco las pretensiones del indagado, imputado, acusado o procesado-, y que a la par de ello también lleva implícita -como expresión de la garantía de defensa-, la realización de los actos procesales de parte en materia probatoria.

INVESTIGACIÓN INTEGRAL: Alcance. Este postulado rector de búsqueda de verdad comporta la carga para el operador de justicia, de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a las pretensiones del indagado, imputado, acusado o procesado, en conexión a la facultad de ordenar pruebas de oficio, a fin de ir progresivamente aclarando todos los puntos oscuros no revelados por los hechos o pruebas y aproximándose al descubrimiento de la verdad racional epicentro de todo proceso penal. Esto permite, pasar paulatinamente de la ignorancia judicial por ausencia o escasez de medios, a la certeza probatoria que permite demostrar tanto la materialidad del injusto como la responsabilidad del inculpado en su comisión. **APTITUD DE LA PRUEBA: Procedencia, conducencia y utilidad.** Reseña jurisprudencial.

PRÁCTICA DE PRUEBAS: Requisitos. Al interior del proceso penal sólo cabe el decreto y práctica de pruebas que aglutinen y cumplan criterios de pertinencia, conducencia, racionalidad y utilidad, conceptos estos que llevan a reputar que un medio suasorio es pertinente en la medida que guarde relación con los hechos que se debaten al interior de la urdimbre procesal, en otras palabras, en tanto perviva una relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso (thema probandum), y además de ello resulte apto y apropiado para demostrar un

tópico de interés al trámite; resultará conducente, si, amén de avalado por el ordenamiento jurídico, permite la cabal demostración de un determinado postulado, hecho o hipótesis, tanto en lo principal como en los incidentes y en las circunstancias importantes; será racional si la práctica del medio probatorio es viable dentro de las circunstancias materiales que demanda su realización; y, finalmente, advendrá útil en tanto idóneo, apto, capaz, para llevar al juez a la convicción racional de la existencia o inexistencia del hecho debatido, de manera tal que es indubitable el beneficio que reporta al proceso, en oposición a lo superfluo e intrascendente.

INOBSERVANCIA DE LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA: Consecuencias. La falta de observancia de los requisitos de la prueba faculta al juez a repeler de oficio la que estime impertinente, inconducente, inútil, legalmente prohibida, ineficaz, dilatoria, distractora, irracional o superflua, rechazo que se ha de concretar a través de un juicio racional, objetivo y sopesado sobre el cumplimiento o no de aquellos, juicio que demanda, como atañe a toda decisión judicial, una arquitectura de construcción argumentativa excelsa, ello en tanto se torna en la principal muestra de lealtad del juez hacia la comunidad y hacia los sujetos procesales. **PRÁCTICA DE LA PRUEBA: Carga argumentativa del peticionario.** Reseña jurisprudencial. **RAD. 159560, 01-MAR-2022, DESOBEDIENCIA, APELACIÓN AUTO NEGÓ PRÁCTICA PROBATORIA, MP. TC. JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO.**

5. RECURSO DE APELACIÓN: Limitaciones. Éste se desarrolla con las limitaciones que impone el inciso 2º del artículo 583 de la Ley 522 de 1999, de tal suerte, que la segunda instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los que inescindiblemente resulten vinculados

al objeto de impugnación. **ABANDONO DEL PUESTO: Estructura del tipo penal.** Este se encuentra enlistado en el artículo 108 de la Ley 1407 de 2010 dentro de los delitos contra el servicio, así mismo, el artículo 16 del estatuto penal castrense enseña que la ley definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. Es así como, en lo que tiene que ver con el delito de abandono del puesto, el tipo penal establece para su configuración objetiva elementos particulares y especiales que atañen en forma directa y concreta al servicio que se predica de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. **ABANDONO DEL PUESTO: Ingredientes normativos facción y servicio.** El tipo penal de abandono del puesto contiene dos ingredientes normativos en blanco relativo a los términos “facción” y “servicio”, los cuales corresponden a dos situaciones particulares en las que el militar o policial, como sujeto activo de la conducta punible, puede encontrarse al momento de agotar el verbo rector “abandonar” contenido en la descripción típica aludida, ya sea separándose de sus deberes por cualquier tiempo, durmiéndose, embriagándose o poniéndose bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. El término “servicio” corresponde al género, es decir, es el todo de la orden, mientras que la “facción” se entiende como una parte fundante del ejercicio directo de la actividad del servicio específica. En otras palabras, el ingrediente normativo “facción” es la función determinada dentro de los servicios de seguridad y vigilancia de una unidad, siendo ésta consustancial al mismo servicio. De manera pues, que cuando el militar o policial está de facción, tal situación implica necesariamente estar de servicio, sin embargo, estar de servicio no supone estar de facción. Reseña Jurisprudencial.

ABANDONO DEL PUESTO: Finalidad del tipo penal. El abandono del puesto corresponde a un tipo penal que castiga el incumplimiento de deberes ya sea por la falta de presencia y permanencia del militar o policial en el respectivo puesto, o por la mera sustracción de la función sin que sea necesario el abandono del espacio físico destinado para el turno de servicio, esto es, cuando el sujeto activo de la conducta se pone bajo el efecto de sustancias estupefacientes, se duerme o se embriaga durante el desarrollo de la respectiva función de vigilancia y seguridad para el que fue previamente designado, es decir, que su objetivo es asegurar que el uniformado cumpla con la función de que le fue encomendada en el tiempo y el modo preestablecidos. **ABANDONO DEL PUESTO: Antijuridicidad de la conducta.** El tipo penal se concibe como un injusto de mera conducta, lo que significa que no se requieren resultados o que se produzca una consecuencia en el mundo material perceptible por los sentidos para que se predique su antijuridicidad. De manera que, la ausencia inconsulta de quien tiene el deber de presencia por su condición de militar o policial altera no solo el normal desarrollo del servicio, sino, además, las condiciones de seguridad de una unidad de la fuerza pública, lo que se expresa en el desvalor del resultado, al punto que el legislador dispuso un ámbito de protección ex ante, tipificando ese comportamiento negativo precisamente para proteger el bien jurídico de contenido institucional. Reseña jurisprudencial. **ATIPICIDAD SUBJETIVA: Configuración.** La atipicidad subjetiva se presenta cuando a pesar de haberse materializado el aspecto objetivo del delito, no se obra con el conocimiento y la voluntad necesaria que exige determinado tipo penal, circunstancia que acontece en los eventos en que se presenta algunas de las

denominadas causales de ausencia de responsabilidad como corresponde a la fuerza irresistible, que incumbe a la fuerza mayor (vis absoluta); caso fortuito; movimientos o actos reflejos; estados de plena inconsciencia y; error de tipo, entre otras. **CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR: Definiciones.** La fuerza mayor y el caso fortuito, conforme a las previsiones del artículo 1° la Ley 95 de 1890 (norma que aún se encuentra vigente), son definidas como un suceso idéntico, análogo, similar y equivalente, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia en materia penal los entiende como fenómenos diferentes, en tanto, considera que la fuerza mayor es de naturaleza externa al individuo, mientras que el caso fortuito depende del fuero interno del sujeto, aunque en el plano naturalístico ambas tienen idéntico resultado como es anular la voluntad de la persona, lo cual conlleva a predicar en el ámbito jurídico la atipicidad de la conducta por ausencia del aspecto subjetivo. **FUERZA IRRESISTIBLE: Concepto.** Los eventos de fuerza irresistible se pueden originar por fenómenos de la naturaleza o por la actividad de otra persona, esto es, generado por una fuerza externa que tiene que ser irresistible con la suficiente virtualidad de doblegar y/o arrastrar la voluntad del individuo, la cual puede ser física (vis física) o de carácter moral (vis compulsiva). **RAD 159134, 29-MAR-2022, ABANDONO DEL PUESTO, APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA, MP. CR (RA). WILSON FIGUEROA GÓMEZ.**

6. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:

Concepción General. La prescripción de la acción penal se trata de un instituto jurídico liberador, por virtud del cual el transcurrir del tiempo extingue la acción o hace cesar el derecho del Estado a imponer una sanción. Dicho fenómeno ocurre, como ha decantado la Honorable

Corte Constitucional de nuestro país, cuando quienes tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal dejan vencer el plazo señalado por el legislador para tal efecto, sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley penal, lo que implica que la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir una investigación en contra de la persona beneficiada con la prescripción. Explica a su vez la Corte Suprema de Justicia, que este, tiene una doble connotación, por un lado, obra a favor del procesado y de otro lado, implica para el estado una sanción frente a su inactividad. **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL: Jurisdicción penal castrense.** Actualmente este instituto jurídico encuentra formal y legal regulación en los artículos 82 a 87 de la Ley 522 de 1999, ello con similar redacción a la de los artículos 75 a 79 de la Ley 1407 de 2010, codificación esta última por la cual se introduce un modelo procesal de claro tinte acusatorio al rito penal militar y cuya vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano es innegable como se ha venido afirmando iteradamente, coincidiendo sus cánones 83 y 76, respectivamente, en señalar que el término establecido para que opere dicho fenómeno equivale al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de libertad, sin que en evento alguno, excepción hecha del delito de deserción, pueda ser inferior a cinco (5) años ni exceder de veinte (20) años. Reseña jurisprudencial. **INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA: Prescripción.** Reseña jurisprudencial. **TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN: Contabilización.** Trátense de delitos típicamente militares o comunes cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, el término de prescripción de la acción penal habrá de contabilizarse de acuerdo con las

previsiones contenidas en el artículo 83 del código penal militar de 1999 y en concordancia con las insertas en el artículo 83 código penal ordinario. Significa lo anterior que en aquellos precisos eventos en que la acción penal se origina en los delitos en cuestión, esto es, los cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos (categorización en la que quedan comprendidos los miembros de la fuerza pública) el término de prescripción de la misma, excepción hecha del delito de deserción, nunca podrá ser inferior (bien en etapa de investigación, ora en la de juicio) a cinco (5) años, quantum que a su vez ha de incrementarse, en una y otra, en un específico monto que será determinado, por razones que tocan con el irrestricto respeto al principio de legalidad, por la fecha de consumación material del injusto culpable, o, lo que es lo mismo, del delito. **TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN PENAL: Incremento por la calidad de servidores públicos.** El incremento será de una tercera (1/3) parte y el guarismo resultante, salvada excepción del delito de

deserción, no podrá ser nunca inferior a seis (06) años y ocho (08) meses, conforme lo ha sostenido esta Corporación en forma unificada y pacífica en plena univocidad con lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, en aquellos eventos en que la consumación del delito tiene lugar antes de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 norma que, como quedó visto, amplió a la mitad el término de prescripción de la acción penal regulado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 en tratándose de conductas punibles cometidas en las ya citadas circunstancias, esto es, por servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos. **TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN: Reglas.** Reseña jurisprudencial. **RAD 158603 22-MAR-2022, DESOBEDIENCIA, APELACIÓN AUTO NEGÓ CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO, MP. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA.**



III. PRONUNCIAMIENTO RELEVANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SP 347-2022 RAD. 60199 del 16 de febrero de 2022¹. JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, requisitos / RECURSO DE APELACIÓN - Principio de corrección material / PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Dolo / PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Se configura: caso en el que un juez impuso sanción de arresto sin

cumplir con el debido proceso frente al sancionado / PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Demostración / RECURSO DE APELACIÓN - Sala de Casación Penal: confirma sentencia condenatoria.

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por la Sala Especial de

¹ Corte Suprema de Justicia, SP 347-2022 Rad. 60199 del 16 de febrero de 2022 MP. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

Primera Instancia, mediante la cual se condenó al recurrente a 48 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, luego de hallarlo autor responsable del delito de privación ilegal de la libertad. En esta oportunidad, la Sala confirmó la decisión, al encontrar probado, más allá de toda duda razonable, que el procesado, en su calidad de magistrado de la Sala Disciplinaria, abusando de sus funciones, soslayó el debido proceso y violó de manera flagrante los derechos fundamentales a la defensa y contradicción de un abogado al que sancionó correctivamente con arresto. **RESUMEN DE LOS HECHOS:** El procesado C.G.A.G., en su condición de magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, en la sesión de audiencia de pruebas y calificación celebrada el 11 de marzo de 2010, ordenó el arresto del abogado M.A.C.S., por cinco días, con violación al debido proceso y los derechos fundamentales de defensa, dado que no le concedió la oportunidad de que expresara las razones de su oposición, no motivó la decisión sancionatoria y no le advirtió al sancionado que contra la determinación sancionatoria podía solicitar su reconsideración. El abogado M.A.C.S. estuvo privado de la libertad desde las 17:20 horas del 11 de marzo de 2010, hasta esa misma hora del día 16 del mismo mes y año, en las instalaciones del DAS. **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES FUERO - Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura:** competencia de la Sala de Casación Penal / RECURSO DE APELACIÓN - Competencia de la Sala de Casación Penal: sobre la decisión de la Sala Especial de Primera Instancia Pese a no haber sido objeto de cuestionamiento ni controversia, la Sala precisa que, si bien, para la fecha en que esta decisión se profiere, CGAG ya no se desempeña como Magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la

Judicatura del Departamento del Tolima, la Corte mantiene la competencia para resolver la alzada, puesto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 numeral 8º de la Ley 906 de 2004 - modificado por el artículo 12 de la Ley 2098 de 2021-, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para juzgar a los magistrados de los consejos seccionales de la judicatura, fuero que se mantiene una vez cesado el ejercicio del cargo, respecto de aquellas conductas punibles que guarden relación con las funciones desempeñadas. De otro lado, de conformidad con el artículo 3º del Acto Legislativo No. 01 de 2018, que modificó el artículo 235 Superior, la competencia para pronunciarse de fondo en primera instancia dentro de los procesos adelantados contra aforados de competencia de la Corte Suprema de Justicia, corresponde a la Sala Especial de Primera Instancia. Y, a su vez, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias que profiera en primera instancia la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de esta Corporación. Dicho esto, la competencia del juez de segunda instancia se encuentra limitada por los aspectos objeto de inconformidad planteados por el recurrente y los que resulten inescindiblemente vinculados a aquéllos. **JUEZ - Poderes y medidas correccionales:** arresto / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, concepto / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, naturaleza / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, finalidad / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, normativa nacional / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, es diferente a la captura / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, requisitos / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, requisitos, por una falta que

establezca la ley / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, el disciplinado debe ser oído / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, su imposición debe ser motivada / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, debe ser proporcional a la falta / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, se le permita al sancionado recurrir la decisión sancionatoria / **DERECHO DISCIPLINARIO - Principio de integración** / DERECHO DISCIPLINARIO - Ley 1123 de 2007: no contiene una norma que reglamente los poderes correccionales de los funcionarios disciplinarios / DERECHO DISCIPLINARIO - Los funcionarios disciplinarios se encuentran habilitados para imponer las sanciones correccionales previstas en los Códigos de Procedimiento Civil y Penal La Corte Constitucional ha definido el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 28 de la Constitución Nacional, como «la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona» (CC C-024/94; CC C850/05; CC-879/11; CC C-223/17; CC C276/19); por lo tanto, el arresto, definido por la Real Academia de la Lengua Española como “Privación de libertad por un tiempo breve, como corrección o pena”, se constituye en una de las modalidades en que una persona puede ser restringida en la aludida garantía. En nuestro país, el arresto es una sanción de tipo correccional que impone un Juez en ejercicio de los poderes disciplinarios que la ley le confiere como director y máximo responsable del proceso, con el fin de garantizar el normal desarrollo de este, la realización de todos y cada uno de los derechos de quienes en él actúan y de la sociedad en general, pues, su labor trasciende el interés particular de

las partes. Sin embargo, la imposición de esta medida correccional, que por demás es la más severa, dado que implica una restricción fuerte a la libertad de las personas, exige que su determinación se inscriba en el marco del debido proceso, por lo tanto, el Juez no puede hacer uso indebido de esta potestad disciplinaria e incurrir en actuaciones no ajustadas a derecho o arbitrarias, nugatorias de los derechos fundamentales de las personas. [...] El anterior recuento normativo deja en evidencia que, aunque con algunas particularidades, referidas concretamente al recurso que puede ser interpuesto en contra del auto que impone la sanción, todas las normas examinadas establecen, de manera coincidente, que el arresto es una medida correccional o disciplinaria que puede imponer el funcionario judicial a quien incurra en las faltas establecidas previamente en la ley -principio de estricta legalidad-, que exige para su legal imposición que se cumpla el proceso debido, que implica (i) que se le permita al disciplinado ser oído -derecho de defensa-; (ii) la obligación del funcionario judicial de motivar la decisión -derecho de contradicción- para lo cual deberá ponderar la gravedad de la falta - principio de proporcionalidad-; y (iii) que se le permita al sancionado recurrir la decisión sancionatoria. Ahora, si bien, la Ley 1123 de 2007, por medio de la cual se expide el Código Disciplinario del Abogado, no contiene una norma que reglamente los poderes correccionales de los Magistrados de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, en el curso de un proceso que por la comisión de alguna de las faltas previstas en la ley se adelanten contra los abogados en ejercicio de su profesión, es lo cierto que en virtud del principio de integración normativa establecido en el artículo 16 del compendio que viene de citarse, en todo aquello que no está

previsto, se aplicarán los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y deontología de los abogados, y lo dispuesto en los Códigos Disciplinario Único, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario. En conclusión, no cabe duda que al interior de un proceso que por la comisión de alguna de las faltas previstas en la ley, se adelanta contra los abogados en ejercicio de su profesión, los magistrados de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, se encuentran habilitados para imponer las sanciones correccionales previstas en los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, vigentes para la época de los hechos, con el lleno de los requisitos y el procedimiento allí establecidos. JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, requisitos / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, la falta debe estar demostrada / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, el disciplinado debe ser oído / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, su imposición debe ser motivada / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, debe ser proporcional a la falta / JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, relación con el debido proceso, se le permita al sancionado recurrir la decisión sancionatoria / DERECHO DISCIPLINARIO - Principio de integración / DERECHO DISCIPLINARIO - No establece poderes correccionales del juez los artículos 143 de la Ley 906 de 2004 y 44 del Código General del Proceso.

Respecto del procedimiento para la imposición de la sanción correccional, las normas que vienen de citarse junto con el

artículo 59 de la Ley 270 de 1996 -aplicable por expresa remisión del artículo 44 del Código General del Proceso-, disponen que para su imposición es imprescindible que se cumpla con el debido proceso, que implica: (i) se le conceda la oportunidad al infractor para que exprese las razones de su oposición, lo que significa que no opera de facto; (ii) la falta atribuida esté suficientemente comprobada; (iii) la sanción se imponga mediante una decisión motivada, para lo cual se deberá tener en cuenta el principio de proporcionalidad; y, (iii) se advierta al infractor que contra la determinación sancionatoria, procede el recurso de reposición. [...] El anterior estudio permite a la Sala arribar a las siguientes conclusiones preliminares: (i) El arresto es una medida correccional o disciplinaria que puede imponer el funcionario judicial a quien incurra en las faltas establecidas previamente en la ley -principio de estricta legalidad-, con la finalidad de mantener el adecuado orden y la buena marcha del proceso, que exige para su legal imposición que se cumpla el proceso debido. (ii) Si bien, la Ley 1123 de 2007 -Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado- no contiene una norma que reglamente los poderes correccionales de los Magistrados de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, en virtud del principio de integración normativa establecido en el artículo 16, resultan aplicables las sanciones correccionales previstas en los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, vigentes para la época de los hechos, con el lleno de los requisitos y el procedimiento allí establecidos. (iii) Los artículos 143 de la Ley 906 de 2004, 44 del Código General del Proceso y 59 de Ley 270 de 1996 -aplicable por expresa remisión del artículo 44 del Código General del Proceso-, tienen en común en que establecen como medida correccional el arresto hasta por cinco

(5) días, a quien, entre otros eventos, le falte al debido respeto al Juez en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, o desobedezca las órdenes por él impartidas. **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Evolución jurisprudencial / PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Elementos / PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Elementos: sujeto activo calificado / PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Elementos: Sujeto activo calificado.** El delito de privación ilegal de la libertad se encuentra previsto en el Título III -Delitos contra la libertad individual y otras garantías-, Capítulo Cuarto -De la detención arbitraria-, artículo 174 del siguiente tenor: “El servidor público que abusando de sus funciones, priva a otro de su libertad...”. La Sala en la decisión CSJ SP, 19 dic. 2012, Rad. 39109 - reiterada en CSJ AP2237-2018, Rad. 47555; CSJ AP1007-2017, Rad. 44180-, realizó un análisis sobre el tipo penal que ahora se analiza, por lo que, dada su absoluta pertinencia, a continuación, se transliteraran los apartes pertinentes: [...] Más adelante, en la sentencia CSJ SP3408-2014, Rad. 38733, la Corte recordó que la esencia de la tipificación del delito de privación ilegal de libertad tiene su origen en la necesidad de proteger esa garantía, la cual se vulnera cuando el servidor público, investido de competencia, priva a una persona de la libertad excediendo el marco de esta, hecho que se concreta cuando la orden no se corresponde con los supuestos constitucionales y legales que la sustentan. **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Elementos:** sujeto activo calificado, debe tener dentro de sus competencias la de disponer de la libertad de las personas / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Elementos:** ingrediente normativo, abuso de sus funciones, se da por no cumplir los requisitos para privar de la libertad / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - No se configura:** cuando el sujeto activo no tiene

dentro de sus competencias la de disponer de la libertad de las personas, caso en el cual se estaría frente a otro delito. El anterior recuento jurisprudencial deja en evidencia la profunda incorrección en la que incurre el defensor, cuando asegura que sólo se incurre en el delito de privación ilegal de libertad cuando el servidor público restringe a una persona en ese derecho, sin tener competencia para ello, dado que la conducta punible exige, precisamente, que el funcionario tenga competencia para disponer de la libertad de las personas, pues, en caso contrario, se estaría en presencia de otro delito, dígase, el de secuestro. Tampoco le asiste razón al defensor cuando asegura que el quebranto de las garantías o la violación del debido proceso no configura el ingrediente normativo abusando de las funciones que exige el tipo penal, pues, la sola lectura del tipo penal y la jurisprudencia que la Sala ha proferido en torno a esta conducta, no deja duda, acerca de la correcta comprensión del ingrediente normativo del tipo, que sanciona el comportamiento de privar de la libertad a una persona ilegalmente, ello puede ocurrir por la violación de la Ley y, en mayor medida, por la transgresión de los principios constitucionales. Entonces, lo que sanciona la conducta que se analiza es que el servidor público con competencia para disponer de la libertad de las personas, restrinja a un ciudadano su derecho a la libertad de manera caprichosa y con abuso de sus funciones, hecho que se concreta cuando la orden emitida para afectar ese derecho no se corresponde con los supuestos constitucionales y legales que la sustentan, esto es, sin el lleno de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico y contrariando principios y garantías constitucionales, como el debido proceso, el derecho a la defensa y la contradicción, entre otros. De otro lado, el defensor, después de hacer una lectura equivocada de la jurisprudencia,

asegura que de la sentencia CSJ AP4557-2018, Rad. 48694, se extrae que el hecho que sanciona el tipo penal consiste en privar de la libertad a una persona a través de mecanismos ilegales, esto es, sólo cuando el funcionario no está habilitado para ejercer dicha facultad, porque el supuesto de hecho que así lo permite no se encuentra satisfecho; o lo que es igual, porque no se verifican los supuestos de ley que facultan al funcionario para privar de la libertad a una persona. Esta se constituye en una interpretación entusiasta del defensor, pero, en todo caso, contraria al correcto y debido análisis del tipo penal y de la jurisprudencia de la Sala, la cual, se insiste, ha sido absolutamente clara en advertir como la privación de la libertad se torna en ilegal no sólo cuando no se verifica el cumplimiento de los requisitos legales para ello, como, por ejemplo, en el caso en que una persona es privada de la libertad pese a que el delito no amerita detención preventiva, como en el caso analizado en la sentencia citada por el defensor - CSJ AP4557-2018, Rad. 48694- sino también cuando, pese a cumplirse las exigencias legales, se trasgreden las exigencias constitucionales. Avalar la postura del defensor implicaría admitir que un servidor público está autorizado por el ordenamiento jurídico para disponer de la libertad de las personas de cualquier forma, postura que resultaría abiertamente inconstitucional, por contrariar los artículos 28 y 29 de la Carta.

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Diferente al abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto / ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - Tipo subsidiario / PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Diferente al prevaricato por acción / PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Puede concursar con el prevaricato por acción «[...] el defensor asegura que las eventuales violaciones al debido proceso no constituyen el elemento normativo del tipo penal de privación ilegal de libertad, sino que configurarían un prevaricato por acción o un abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto. Pues bien, con relación al delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, basta indicar que se trata de un tipo penal subsidiario en el que, conforme se desprende de la lectura del artículo 416 del C.P., incurre el servidor público, «fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles...»; por lo tanto, la solución del concurso aparentes de tipos se resuelve por el principio de especialidad, según el cual existiendo dos normas que describen la conducta jurídicamente reprochable -en relación de género a especie-, una general y otra que abarca idéntico contenido, se debe preferir la norma que particulariza de forma más exhaustiva el comportamiento, tal y como acontece con el reato de privación ilegal de libertad, dado que es más rico descriptivamente y guarda relación especialmente con la restricción del derecho a la libertad de las personas. Y, respecto del delito de prevaricato por acción, debe indicarse que nada obsta para que se presente un concurso real de conductas punibles entre este reato y el delito de privación ilegal de libertad, pues, uno y otro delitos establecen supuestos de hecho perfectamente diferenciables, protegen bienes jurídicos disímiles, con sujetos pasivos diversos y con un dolo distinto; a tal punto que no toda privación ilegal de libertad supone la existencia de una decisión manifiestamente contraria a la Ley.

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Elementos / PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Delito de resultado [...], la correcta adecuación típica del delito de privación ilegal de libertad obliga que se satisfagan los siguientes elementos: (i) Que el servidor público tenga competencia para disponer de la libertad de las personas. (ii) Que el servidor público ordene la

privación de la libertad de una persona, abusando de sus funciones. El abuso de la función por parte del servidor público se concreta cuando excede el marco de su competencia, es decir, cuando dispone de la libertad de la persona caprichosamente, contraviniendo los preceptos constitucionales y legales. (iii) Que el ciudadano sobre el que recae la orden efectivamente sea limitado en su derecho de libre locomoción. JUEZ - Poderes y medidas correccionales: arresto, requisitos / RECURSO DE APELACIÓN - Principio de corrección material / PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Dolo / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Se configura:** caso en el que un juez impuso sanción de arresto sin cumplir con el debido proceso frente al sancionado / **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Demostración** / RECURSO DE APELACIÓN - Sala de Casación Penal: confirma sentencia condenatoria [...], el defensor del procesado manifestó que el A quo desconoció que el abogado: (i) sin sustento, había recusado dos veces al magistrado, (ii) habló sin que se le hubiera concedido el uso de la palabra; (iii) cuando el magistrado le concedió el uso de la palabra para que sustentara el recurso de apelación interpuesto, lo que hizo fue nuevamente cuestionar la imparcialidad del magistrado, pese a que las recusaciones por él propuestas fueron todas rechazadas; y, (iv) incumplió la orden que en tres ocasiones le dio el magistrado, de que abandonara la sala de audiencia, por sus constantes faltas al respeto. Para el defensor, estos hechos se adecuan al presupuesto fáctico descrito en el numeral 4º del artículo 143 de la Ley 906 de 2004, norma que dispone: “A quien le falte al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, o desobedezca órdenes impartidas por él en el ejercicio de sus atribuciones legales lo sancionará con arresto inmutable hasta por cinco (5) días”, por lo que el procesado

estaba legitimado para imponer la sanción de arresto allí dispuesta. Con este argumento el defensor pretende desviar sin éxito el objeto del debate, pues, si en gracia de discusión pudiera considerarse que el abogado MACS incurrió en la falta descrita en el numeral 4º del artículo 143 de la Ley 906 de 2004, ello de ningún modo habilitaba al magistrado a sustraerse del procedimiento debido, que lo obligaba a (i) concederle la oportunidad al infractor para que expresara las razones de su oposición; (ii) motivar la decisión sancionatoria, para lo cual resultaba imperativo atender el principio de proporcionalidad; y, (iii) advertir que contra la determinación sancionatoria, el sancionado podía solicitar su reconsideración, de conformidad con el análisis que se llevó a cabo en el acápite tercero de esta decisión, procedimiento que el procesado soslayó. En efecto, cuando en la audiencia verbalizó que ordenaba el arresto del abogado MACS por cinco días, sin justificar ese lapso, no solo se abstuvo de concederle el uso de la palabra para que éste ejerciera su derecho constitucional a la defensa, sino que omitió advertirle que podía solicitar la reconsideración de la decisión y, contrario a ello, abandonó la sala de audiencia de manera abrupta; actuar arbitrario que se compadece más con un esquema anacrónico de administración de justicia, en donde la palabra del Juez se asume válida por su sola investidura, propio de sistemas añejos ya superados, que con un sistema de procesamiento democrático, constitucionalizado y garantista, en el que se enaltezca y observe el respeto debido a los sujetos procesales. Ahora bien, una vez en su despacho, el procesado tuvo la oportunidad de examinar las normas que regulan la facultad de adoptar cualquiera de las medidas correccionales establecidas en la ley, tal y como lo declaró VMB, quien, se reitera, se desempeñaba como auxiliar 1 adscrita a su despacho; pese a ello,

insistió en su actuar caprichoso, arbitrario y contrario a sus deberes - demostrativo ello del dolo en su actuar-, y emitió un auto carente de motivación y violatorio de los derechos de defensa y contradicción del sancionado, dado que, tampoco le permitió al abogado MACS defenderse ni mucho menos controvertirlo; en contrario, la sanción fue ejecutada de manera inmediata. En efecto, el testigo EFS manifestó que, en su condición de Director Seccional del DAS Tolima, se encargó de ejecutar la orden de arresto que fue emitida por el magistrado CGAG, en contra del abogado MACS, quien estuvo privado de la libertad a partir de las 17:20 horas del 11 de marzo de 2010, hasta esa misma hora del día 16 del mismo mes y año, en las instalaciones del DAS. Además, al juicio oral se incorporó el oficio N° STOL-GOPE.APJ 584415-3/2475, de fecha 29 de junio de 2010, suscrito por DFGV, Responsable Área de Policía Judicial DAS Seccional Tolima (E), mediante el cual certificó que el abogado MACS fue privado de su libertad desde las 17:20 horas del 11 de marzo, hasta las 17:20 del 16 de marzo de 2010. Ahora bien, el defensor del procesado manifestó que su defendido sí le concedió el uso de la palabra al sancionado, para que impugnara la decisión, solo que éste, en una actitud rebelde, se limitó en afirmar “Aquí espero que vengan por mí, entonces”, con lo cual se allanó a la medida correccional que le fue impuesta; afirmación que resulta contraria al principio de corrección material, en virtud del cual las razones, los fundamentos y el contenido del ataque deben corresponder en un todo con la verdad procesal, pues, el audio de la audiencia revela, sin el menor asomo de duda, que el magistrado no le informó al procesado que en contra de la referida determinación podía solicitar su reconsideración, ni mucho menos que el sancionado se hubiera allanado al castigo impuesto. [...] Pero, además, el auto que posteriormente profirió el magistrado, fue de “cúmplase”, con lo cual, nuevamente negó al sancionado la posibilidad de solicitar la reconsideración de la decisión; sin que de modo alguno pueda válidamente aceptarse, que cuando el sancionado, por fuera del audio, manifestó «aquí espero que vengan por mí entonces» estaba renunciando, también, a su derecho a solicitar la reconsideración de la sanción, no solo porque ni siquiera conocía de la posibilidad de hacerlo, sino en atención a que la actuación desmesurada y acuciante del funcionario, evidenciaba ostensible que su orden se haría efectiva de inmediato. Ahora bien, el 12 de marzo de 2010, la Procuradora Judicial II Penal 104, presentó ante el despacho del magistrado un memorial mediante el cual solicitó que revocara la decisión adoptada el día anterior, consistente en imponer arresto al abogado MACS, porque con la imposición de la referida sanción se vulneraron los derechos al debido proceso, libertad, defensa y contradicción; y deprecó que se ordenara la libertad inmediata del profesional del derecho. Sin embargo, el magistrado, en auto de la misma fecha, resolvió: “De conformidad con lo previsto en los artículos 57 y 76 de la Ley 1123 de 2007, se rechaza por improcedente la solicitud elevada por la representante del Ministerio Público”. Entonces, ante la oportunidad de reexaminar el asunto, el magistrado nuevamente optó por abusar de sus funciones e insistir en su actuar caprichoso y arbitrario. No se duda, así, que dentro del presente asunto se probó más allá de toda duda razonable, que el procesado CGAG privó de la libertad al abogado MACS, abusando de sus funciones, en la medida en que soslayó el debido proceso y violó de manera flagrante los derechos fundamentales a la defensa y contradicción, lo que indudablemente generó una trasgresión del derecho a la

libertad del profesional del derecho. Por lo anterior, la sentencia condenatoria emitida por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, el 27 de mayo de 2021, se confirmará. (Negrilla de Relatoría TSMP).

Proveído completo siguiendo el hipervínculo: **SP 347-2022 Rad. 60199 del 16 de febrero de 2022 MP. Diego Eugenio Corredor Beltrán.**



Martha Flor Lozano Bernal

Relatora

Miguel Ángel Medina Moreno

Judicante

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