



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 ABRIL 2022

**1. DOLO: Definición.** Una conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización, la modalidad dolosa de una conducta, en su parte subjetiva, conlleva el saber y la voluntad, esto es, el conocimiento que tiene el agente de realizar una conducta descrita en la ley como punible y el querer su realización. Para ese primer aspecto – conocimiento de los elementos de la figura típica- resulta necesario que, al igual que lo hiciera un hombre promedio en su situación, el agente entienda que con su accionar abarca aquellos elementos y sea consciente de ello, pero además, que considere que es realmente posible la producción de las circunstancias del hecho en el caso concreto y quiera hacerlo, es decir, que desee realizar la conducta prohibida y, bajo un entendido tal, ponga en marcha su accionar, bien sea que éste alcance tan sólo el fin propuesto o, amén de ello, produzca otro resultado previsible y ligado, inevitablemente o eventualmente a aquel propósito inicial.

**DOLO: Componentes.** i) el directo de primer grado, que se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico, ii) el directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, porque el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura y, iii) el eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable.

**DOLO EVENTUAL: Condiciones para configurarse.** i) que el sujeto se represente como probable la producción del

resultado antijurídico y, ii) que deje su no producción librada al azar.

**DOLO EVENTUAL V/s CULPA CONSCIENTE O CON REPRESENTACIÓN: Criterios jurisprudenciales que los diferencian.** Para distinguir estos conceptos la Sala se atiene a lo dicho por Corte Suprema de Justicia en el siguiente aparte: “(...) *la teoría de la voluntad o del consentimiento y la teoría de la probabilidad o de la representación. La teoría de la voluntad o del consentimiento hace énfasis en el contenido de la voluntad. Para esta teoría la conducta es dolosa cuando el sujeto consiente en la posibilidad del resultado típico, en el sentido de que lo aprueba. Y es culposa con representación cuando el autor se aferra a la posibilidad de que el resultado no se producirá. La teoría de la probabilidad o de la representación enfatiza en el componente cognitivo del dolo. Para esta teoría existe dolo eventual cuando el sujeto se representa como probable la realización del tipo objetivo, y a pesar de ello decide actuar, con independencia de si admite o no su producción. Y es culposa cuando no se representa esa probabilidad, o la advierte lejana o remota (...)*”. Bajo estas condiciones, los criterios que la jurisprudencia ha acuñado en diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente, basado en la fórmula que acoge el Código Penal para caracterizar la primera de dichas categorías, hace prevalecer el elemento cognitivo sobre el volitivo, pues este último concurre de forma menguada, por ello “*De acuerdo con ese esquema, si en el dolo eventual el conocimiento del peligro concreto de la realización del tipo - de lo cual en este caso no hay duda-*,

*tiene un relativo liderazgo sobre la voluntad, la tenue diferencia entre la culpa con representación y el dolo eventual de quienes encuentran en el elemento volitivo el mayor obstáculo para su distinción, se supera al conferirle al elemento cognitivo un plus como sustento de la imputación subjetiva a título de dolo eventual.”* **FALSO**

**JUICIO DE IDENTIDAD: Materialización.** Cuando el juzgador distorsiona el contenido objetivo de la prueba para hacerla decir aquello que no expresa materialmente, lo cual implica aceptar que el medio de convicción sí fue valorado, sólo que se tergiversó, se adicionó o se cercenó su contenido, poniéndolo a decir lo que no dice, muestra o enuncia, y que esa situación lleva a la declaratoria de una verdad diversa a la que realmente emana de los elementos de convicción analizados. Se trata por lo tanto, de un error objetivo anterior a la valoración probatoria que exige confrontar el contenido del medio de convicción con el que se le asignó en la sentencia y no entre aquél y lo que el demandante piensa que debió colegirse. **RAD. 159121, 27-ABRIL-2022, HOMICIDIO. APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA. MP. BG. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. CONFIRMA SENTENCIA.**

**2. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:**  
**Delimitación del término.** Para los delitos comunes, el instituto de la prescripción se desarrolla conforme a los parámetros normativos de la ley penal ordinaria (Ley 599 de 2000) que delimita el término de la prescripción, unos de orden cuantitativo, mínimo 5 años y máximo 20 años, y otros de orden cualitativo, que para este efecto se tendrá en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad. **PECULADO POR APROPIACIÓN: Determinación del tiempo máximo de la pena para efectos de la prescripción.** Esta conducta tiene prevista una pena de cuatro (4) a diez (10) años, para efectos del término de

prescripción este límite se aumenta en 1/3 parte, dada la calidad del agente, servidor público, lo que implica que el máximo de la pena en términos prescriptivos será de 160 meses. El reintegro del valor de lo apropiado constituye una conducta post delictual, aclarándose que dicha devolución, de cumplir con algunos presupuestos normativos, ha de ser tenida en cuenta para efectuar la atenuación punitiva del 50% de que trata el artículo 401 del Código Penal, pero esta no modifica el término prescriptivo. Además, al presentarse factores de disminución, la jurisprudencia ha decantado que si ha cobrado ejecutoria la resolución de acusación, dicho lapso iniciará a correr por la mitad del periodo extintivo establecido en el artículo 83 ídem, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, haciendo énfasis que en virtud de la calidad de servidor público también ocurre el aumento de una tercera (1/3) parte para los delitos cometidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, en cuyo caso el incremento será de la mitad, es decir, en todos los casos, sin diferenciar entre los delitos comunes y los típicamente militares, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte, desde la promulgación de la citada normatividad el incremento debe hacerse en la mitad, cuando el delito sea cometido por servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos. **PECULADO POR APROPIACIÓN: Requisitos para su adecuación típica.** Esta conducta equivale a comportarse respecto al bien *uti dominus*, es decir, ejerciendo sobre él, actos de dominio incompatibles con el título que justifica la tenencia, con intención de no devolverlo. Ahora, para que el resultado se produzca es imprescindible que se menoscabe, se ponga en peligro la recta funcionalidad de la administración pública, aún sin el enriquecimiento del delincuente, ya

que, por un lado, basta la posibilidad de disponer, por parte del sindicato, de los bienes apropiados, sin que se exija el goce o disfrute, que puede no llegar a ocurrir y, por el otro, las normas sobre peculado tienen como finalidad la protección de la administración pública, esto es, el interés del Estado relativo a la organización, al regular funcionamiento y al decoro de los órganos públicos, y no se descarta desde luego, el que no se presente el daño patrimonial en particular. **APELACIÓN: Falencias en la carga argumentativa del recurso.** Sobre el asunto valga citar lo que en reciente pronunciamiento esta Corporación destacó: “(...) *Procedente, en consecuencia, resulta enfatizar que el recurso a la segunda instancia no es la prolongación de la audiencia de juicio oral o corte marcial y mucho menos una extensión de las pretensiones que allí se formularon ante el juez de la causa o de conocimiento- vocablos estos últimos que corresponden a una sinonimia al interior del espectro procesal- pero que en últimas resultaron adversas, como tampoco puede entenderse como una instancia adicional en la que es dable debatir nuevamente y con sustento en lo ya argumentado, aspectos anejos a la conducta punible o a la responsabilidad penal o temas sustanciales o procesales inescindiblemente ligados a aquellos, menos aun cuando estos y aquellos fueron debidamente controvertidos y resueltos, y el sustento fáctico y jurídico que sirvió de sustento para ello se mantiene incólume, bien porque sencillamente no fue objeto de reproche, ora porque no fue rebatido en debida forma en tanto no se demostraron eventuales errores de valoración probatoria o de raciocinio cometidos en la decisión confutada . Apelaciones como la aquí analizada, que incurrir en tales defectos o falencias no se corresponden con la corrección dialéctica propia del recurso de alzada cuyo conocimiento*

*compete a este Tribunal por estricta adscripción legal, y por ende mal haría esta Sala de decisión en darles símil trato que las impugnaciones que si cumplen con la corrección y con la carga argumentativa que demanda el adecuado ejercicio de aquel amparo, menos aun cuando, por un lado, ni siquiera comporta una razonada y fundamentada contraposición a los pilares fácticos y jurídicos que cimentaron la determinación judicial cuya remoción se pretende (...)*”.

**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA: Presupuestos para conceder el subrogado.** Para la concesión del beneficio penal referido, se deben satisfacer dos requisitos, i) que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres años y, ii) que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la gravedad y modalidad de la conducta punible, sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. **RAD. 159646, 07-ABRIL-2022, PECULADO POR APROPIACIÓN. APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA. MP. CR. JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA. CONFIRMA SENTENCIA PARCIALMENTE.**

**3. ABANDONO DEL PUESTO: Delito de Peligro-antijuridicidad formal y material.** Tanto la doctrina como la jurisprudencia han indicado que no basta la mera contrariedad de la conducta con la norma penal (antijuridicidad formal), sino que debe existir una lesión o peligro potencial injustificado del interés tutelado para estructurar la antijuridicidad material; se particulariza entonces en el desvalor del acto verificado con el daño o puesta en peligro de intereses vitales de la comunidad o el individuo protegidos por la norma, situación está última que se patentiza en los llamados delitos de peligro como lo es el Abandono de Puesto, en los cuáles no es necesario un daño real sino una *situación de riesgo de lesión en el mundo real*, entendiendo que si

bien en el ámbito naturalístico el “daño” significa lesión, menoscabo, destrucción o disminución causado al objeto material, en el plano jurídico el “daño” que amerita la intervención del derecho penal emerge de la efectiva lesión o de la concreción de un riesgo respecto del bien materia de protección, lo que no lo convierte, en un resultado material sino en uno valorativo, en otras palabras, el aparato punitivo del Estado sólo puede operar en tanto medie la afectación significativa o relevante de un bien jurídico que sea susceptible de protección por parte del derecho penal, ya sea por lesión directa o efectiva puesta en peligro del mismo. **DELITOS DE PELIGRO: Ámbito de protección de la norma.** Uno de los elementos esenciales del delito lo es el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, que frente a los delitos de peligro obliga al funcionario judicial a tener claro el ámbito de protección de la norma, para el caso prevenir actos que signifiquen un real riesgo para el servicio policial o militar establecido en la Constitución, la ley o los ordenamientos institucionales, y a través de este –servicio-, de bienes personales como la vida, integridad, el patrimonio económico, y de bienes sociales como las condiciones de mantenimiento de la paz, de la convivencia social, de la seguridad ciudadana, entre otros, luego de lo cual deberá concretar si en el asunto puesto a su consideración la conducta indagada significó una efectiva puesta en peligro al bien jurídico así conformado. No de otra manera es factible endilgar responsabilidad a un justiciable. **PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN LEGISLACIÓN CASTRENSE: Finalidad.** Busca armonizar la necesidad abstracta de protección que busca el tipo penal, con la garantía del procesado de ser condenado únicamente cuando su conducta haya creado situaciones de riesgo inadmisibles y efectivas contra el señalado interés

jurídico. Principio que se encuentra reflejado en el artículo 17 de la Ley 1407 de 2010, al acuñar la frase “...que lesione o ponga efectivamente en peligro...”, queriendo con ello decir que el riesgo en abstracto previsto por el legislador en el tipo penal se verificó de modo real y verdadero en el mundo exterior y por lo tanto le corresponde al operador judicial valorar la conducta del procesado a través de los medios de conocimiento recolectados en la investigación, en aras de establecer si en el momento social e histórico que acontece el comportamiento lo hizo dañino por su potencialidad de afectar ámbitos como la tranquilidad o la seguridad en este caso. **PRINCIPIO DE LESIVIDAD: Origen.** Reseña jurisprudencial. **PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA: Ausencia de antijuridicidad material.** El derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran postulados como el carácter fragmentario del derecho penal y el de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesorio, acorde con los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, y en razón a ello sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia siempre que afecte o ponga realmente en peligro los bienes jurídicos protegidos y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal, en otras palabras, ante la insignificancia de la agresión, o la levedad suma del resultado, es inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal. No es suficiente que el individuo sujeto a la ley penal haya ejecutado un hecho tipificado en la

misma para que pueda hacérselo responsable, sino que es indispensable que se le pruebe el elemento subjetivo mediante una valoración de la conducta en los términos ya anotados, al igual que la afectación real o potencial del bien jurídico, y sólo a partir de esa comprobación puede hablarse de la comisión de una conducta sancionable. **RAD. 159181, 05-ABRIL-2022. ABANDONO DEL PUESTO, APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA. MP. CR. ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA. REVOCA Y ABSUELVE.**

**4. IRA E INTENSO DOLOR: Como atenuante en casos de falsedad de Documentos.** El comportamiento ajeno, grave e injustificado debe valorarse en un entorno específico, pues no cualquier conducta intencional ajena reviste las características de la ira o intenso dolor y menos aún puede afirmarse que cualquier reacción violenta ante un estímulo externo que propicie una alteración de ánimo, derive sin más consideraciones en la atenuante, pues en un mero acto de enojo no hay un estimulante trascendente para estructurar que previo a la acción de destruir, hubo una provocación con capacidad para producir una alteración superior injusta, que explique que se puede configurar un rechazo violento a modo de ofensa. Reseña Jurisprudencial. **LA IRA: Se encuentra dispuesta para situaciones extremas.** No se puede entender cualquier comportamiento como adecuado para el atenuante de la pena de ira e intenso dolor porque se encuentra dispuesta para situaciones extremas, en las que no solo se produce una alteración subjetiva, sino que además debe ser producto de una situación evaluada con criterios exigentes, donde se concluya categóricamente una real disminución de su capacidad intelectual y de su voluntad, aunado a lo anterior, se debe demostrar que efectivamente el acto delictivo se cometió como consecuencia

de un impulso violento, provocado por un acto grave e injusto, de lo que surge necesariamente la relación causal entre uno y otro comportamiento. **DESTRUCCIÓN OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO PÚBLICO: Readecuación típica formulada.** Al verificar que los factores subjetivo y funcional se adecúan a los presupuestos establecidos en el inciso segundo del artículo 292 de la Ley 599 de 2000, bajo esta estructura jurídica, resulta acertado concluir que no se puede acceder a la readecuación típica planteada, pues sobre el enjuiciado recaía “*la administración, tenencia, o custodia*” del libro de información y al detentarlo, tenía una responsabilidad de preservarlo. Sin embargo, al revisarlo y darse cuenta de la trascendencia de los registros y que estos no le favorecían porque contenía información con incidencias de índole disciplinario, materializa la conducta cuando desprende los folios. **SERVIDOR PÚBLICO: Definición.** El “servidor público”, conforme a la definición más general de órgano o agente de la función pública, es la persona que presta servicios al Estado, en sus diversos niveles, en las funciones públicas que la Constitución Política adscribe al Estado mismo como propias de su configuración como persona jurídica política. **INAPLICABILIDAD: Del incremento punitivo previsto en Ley 890 DE 2004.** Dicho incremento resulta ligado a la adopción de un sistema de rebajas de penas introducidas en la misma ley, al igual que en la justicia ordinaria con Ley 906 de 2004, y a los mecanismos de colaboración con la justicia, que permita la imposición de penas adecuadas y proporcionales y como aún estos mecanismos no se han puesto en funcionamiento en el procedimiento penal militar, lo que impide su imposición, generando que la segunda instancia redosifique la pena cuando esta norma ha sido aplicada de manera inadecuada

por el A quo. **RAD. 159161, 06-ABRIL-2022, APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA – DESTRUCCIÓN, SUPRESIÓN U OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO PÚBLICO, CONFIRMA Y REDOSIFICA LA PENA –TC. JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO.**

**5. PRESCRIPCIÓN: Concepto.** La prescripción de la acción penal corresponde a un fenómeno que se presenta cuando por negligencia del Estado o por otras razones diversas, transcurrido un tiempo determinado, el aparato judicial debe cesar toda actividad investigativa contra quien está sindicado de la comisión de una conducta reprochada punitivamente.

**PRESCRIPCIÓN: Operancia.** Este instituto tiene dos momentos a considerar: el primero atañe al lapso que no puede ser inferior a cinco (5) ni superior a veinte (20) años, a excepción del delito de deserción, que se contabiliza desde el día de la consumación de la conducta en los punibles de ejecución instantánea o desde la perpetración del último acto en los delitos tentados o permanentes, interrumpiéndose con la ejecutoria de la resolución de acusación. Por su parte, el segundo término prescriptivo corresponde a la mitad del plazo arriba señalado, pero que no puede ser inferior a cinco (5) años el cual inicia a contar con la ejecutoria de la pieza acusatoria y solo se suspende cuando adquiere firmeza la sentencia. Ante la existencia de reiterativos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que constituyen doctrina probable, se establece que al momento de efectuar el computo del término prescriptivo para los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública “sin diferenciar delitos comunes y típicamente militares”, se debe efectuar la ampliación del lapso extintivo dispuesto para los servidores públicos que en ejercicio de la funciones de su cargo o con ocasión de ello realice una conducta

punible o participe de ella. Reseña jurisprudencial. **INCREMENTO PUNITIVO: Servidor Público.** A pesar de no estar contemplado en el código penal militar de manera expresa, la posición mayoritaria de la honorable Corte Suprema de Justicia estableció que en virtud del principio de igualdad tanto el servidor público civil, como el servidor público investido de la calidad de miembro de la fuerza pública que cometen un delito por razón o con ocasión de sus funciones o abusando de su investidura les es aplicable el incremento punitivo establecido en el inciso 6º del artículo 83 del Código Penal, que fuera modificado por del artículo 14 de la Ley 1474 de 2011. **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO: Estructura y elementos de la conducta.** Esta conducta punible se estructura objetivamente cuando el servidor público dotado de capacidad certificadora, al extender el documento que puede servir de prueba incorpora información contraria a la verdad o deja de consignar total o parcialmente hechos o circunstancias que afectan la veracidad del documento. Ello supone, como elementos propios del tipo penal de falsedad ideológica: a) la mutación de la verdad, en el entendido de que se trata de la alteración de la verdad en su sentido y contenido documental con relevancia o trascendencia jurídica; b) la aptitud probatoria del documento y c) la concurrencia de un perjuicio real o potencial. Por esa razón, el documento público de contenido falaz debe tener la capacidad de servir de prueba para validar hechos con significación jurídica o relevante para el derecho, es decir, que el elemento falsificado debe estar en posibilidad de hacer valer una relación jurídica. Conducta punible que puede clasificarse como de peligro, en la medida que su adecuación típica no exige la concreta afectación del bien jurídico tutelado, sino que basta su aptitud para

causar daño, es decir, que el instrumento tenga la potencialidad de producir un perjuicio a la Fe Pública. **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO: Atributos del documento.** La Corte Suprema de Justicia ha señalado los atributos del documento: i) la autenticidad, entendida como la correspondencia entre el autor real del documento y el autor aparente del mismo. ii) la veracidad, que atañe a la correspondencia de su contenido con la realidad, y iii) la legitimidad, relativa al derecho al documento de manera corporal. En ese orden de ideas, la falsedad ideológica se circunscribe a la veracidad de este, puesto que el documento no es falso en sus condiciones de existencia y autenticidad, sino que son mendaces las afirmaciones que contiene.

#### **OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO**

**FALSO: Características** Inicialmente se debe establecer que en la obtención de documento público falso el sujeto activo es indeterminado y tiene como sujeto pasivo al Estado, estableciendo como conducta prohibida el “inducir” en error a un servidor público, para que, en ejercicio de sus funciones normativamente asignadas, documento con potencialidad probatoria, acontecimientos o manifestaciones carentes de verdad, y extienda o expida un documento público con el fin de crear, modificar o extinguir un hecho, un derecho o una situación jurídica, capaces de afectar las relaciones sociales o jurídicas con terceros. **DOMINIO DEL HECHO: Jerarquía militar.** En el caso de los subalternos en las áreas de operaciones no puede aceptarse que por la mera condición de tener un rango inferior no tenga dominio de un hecho, ya que esta condición no está dada por la jerarquía militar que ostentan los uniformados, sino, por el contrario, por la situación funcional y operacional que detenta el enjuiciado en ese momento.

**AUTOR MEDIATO: Documento público.** El autor mediato corresponde aquel individuo que desde atrás y en forma dolosa, domina la voluntad de otro, al que utiliza como instrumento para concretar un propósito delictivo. Es factible que existan documentos públicos cuyo autor sea jurídicamente distinto a quien lo suscribe, puesto que, aunque la facultad de suscribir los actos en que interviene el servidor público es indelegable, ello no impide que en desarrollo de un expreso mandato otro servidor lo suscriba, siendo el mandante su autor jurídico (...). Razón por la cual, pese a que el funcionario no elabore ni suscriba materialmente el documento, no por ello deja de ser su autor jurídico, teniendo en cuenta que fue éste quien suministró la información con relevancia pública precisamente en desarrollo de sus funciones. De manera que, en aquel instrumento con capacidad probatoria (como bien podría serlo un INSITOP) simplemente se recoja por escrito la información suministrada.

**INSITOP: Concepto y contenido.** El informe de situación de tropas (INSITOP), es un documento que se lleva de manera diaria y detallada donde se muestra la ubicación dentro de la jurisdicción de todas las unidades que componen el batallón o la brigada, en el que se establece el nombre de la unidad, el nombre del comandante de esa unidad, las coordenadas geográficas del lugar donde se encuentra esa unidad y la orden de operaciones y misión táctica que está cumpliendo. Documento de vital importancia por cuanto establece la ubicación de las tropas en el área de operaciones. **RAD. 159225, 20-ABRIL-2022, APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA – DESOBEDIENCIA Y FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - CONFIRMA CONDENA – MP. CR (R) WILSON FIGUEROA GÓMEZ.**

## 6. DICTAMEN PERICIAL: Formas de contradicción en la Ley 522 de 1999.

Dictamen pericial que una vez vertido al interior de todo proceso penal como medio de conocimiento técnico-científico o artístico capaz de orientar al funcionario judicial en la labor de investigación y juzgamiento, podía ser objeto de contradicción de dos maneras previstas en la legislación penal militar, bien porque los sujetos procesales *“soliciten su aclaración, ampliación o adición”* -artículo 423 Ley 522 de 1999-, ora porque objetan la pericia (artículo 424 ibidem), esto último dentro del término de ley -antes de que el proceso entre al despacho del juez para proferir sentencia- y por las causales taxativamente señaladas en la normatividad, esto es, por error, violencia o dolo, objeción que debe tramitarse conforme al procedimiento señalado para los incidentes procesales como preceptúan los artículos 424 y 425 de la Ley 522 de 1999, Código Penal Militar de este año. **CULPABILIDAD: Como elemento integrante del delito.** Este elemento tiene en la normatividad colombiana un sentido normativo finalista en virtud del cual comporta: *“un reproche o censura contra quien, teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es”*. Y presupone la consciencia del injusto a diferencia del dolo que siguiendo la misma orientación dogmática hace parte del tipo penal y se estructura solamente con el conocimiento de los elementos constitutivos de infracción penal y voluntad de su realización. **ATIPICIDAD SUBJETIVA POR AUSENCIA DE DOLO E INCULPABILIDAD POR INIMPUTABILIDAD: Diferencias.** (...) la conducta es culpable cuando su autor, pese a aquella consciencia, ha optado libremente por ella, es decir, la ha elegido en ejercicio de su autonomía y albedrío,

dándole prelación sobre la conducta ajustada a Derecho que debía y podía asumir. Estas facultades –la autonomía y el albedrío-, como ha dicho el órgano de cierre de esta jurisdicción foral no pueden probarse, pero *“una organización liberal y democrática se expresa en que el Derecho considera libre al hombre, séalo o no en verdad”*, al modo de una presunción sin la cual la actual teoría del delito devendría ilegítima. Lo anterior explica que quienes obran en situaciones motivacionales anormales -*verbigratia* de coacción ajena o miedo insuperables o bajo una circunstancia generadora de inimputabilidad- lo hagan sin culpabilidad, pues en tales eventos la realización del injusto no es producto de su elección libre y voluntaria, sino de fuerzas externas que truncan su capacidad de optar por el comportamiento ajustado a Derecho. *Contrario sensu*, la ausencia de dolo -entendido éste como modalidad de la conducta punible, no como una especie de la culpabilidad- a la que apunta el ejercicio argumentativo del censor enarbolado confundiendo con la incapacidad de culpabilidad se reitera, se explica porque el sujeto agente desconoce o se encuentra en un error acerca de los elementos descriptivos o normativos –aspectos objetivos- del tipo de injusto en tanto que pertenecientes al arquetipo legal y bajo un entendimiento tal orienta su voluntad, su querer. **RAD. 159032, 08-ABRIL-2022, APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA – ABANDONO DEL SERVICIO – CONFIRMA PARCIALMENTE Y REDOSIFICA PENA IMPUESTA CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.**

## II. PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTES CORTE CONSTITUCIONAL

1. La interpretación constitucional del artículo 189 de la Ley 906 de 2004 y del artículo 352 de la **Ley 1407 de 2010** (nuevo código penal militar) no permite que a los cinco (5) años que, de acuerdo con dichas normas, tiene la sala de casación penal para fallar la demanda de casación penal correspondiente, so pena de la prescripción de la acción penal del caso, se le sumen los términos de prescripción que no hayan corrido al momento de dictarse la respectiva sentencia de segunda instancia. La contabilización de dichos cinco (5) años comienza a correr a partir de la formulación del respectivo recurso extraordinario de casación.

**Antecedentes:** La Sala Plena de la Corte Constitucional revisó la acción de tutela del expediente T-8.109.294 presentada por el apoderado del señor Ariosto Orozco Fontalvo invocando la protección de sus derechos al debido proceso, a la defensa, a la doble instancia y a la prescripción de la acción penal. De acuerdo con la demanda, el dos (2) de mayo de 2008, en ejercicio de sus funciones como integrante de la Policía Nacional y haciendo uso de su arma de dotación oficial, el actor causó la muerte de un particular. Mediante sentencia de treinta (30) de mayo de 2012, el Juzgado de Primera Instancia Penal Militar – Zona Doce dictó sentencia absolutoria favorable al actor. No obstante, ante la apelación que se hiciera de tal sentencia, mediante providencia de trece (13) de junio de 2013 la Sala Tercera del Tribunal Superior Militar revocó la sentencia de su inferior jerárquico y condenó al señor Orozco Fontalvo "como autor del delito de homicidio, pero en modalidad preterintencional", imponiéndole una pena de prisión de seis

(6) años y seis (6) meses "además de las penas accesorias de separación absoluta

de la fuerza públicas (sic) e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal". La demanda indicó que se presentó recurso extraordinario de casación contra la referida sentencia condenatoria pero que, mediante sentencia de quince (15) de mayo de 2019, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió no casar la sentencia condenatoria atrás referida y mantuvo la condena correspondiente. En su demanda el actor manifestó que "los hechos ocurrieron el día 2 de mayo del año 2005, la sentencia de casación fue resuelta, el día 15 de mayo del 2019, 14 años y doce días [desde la fecha de los hechos], imponiendo una sentencia condenatoria de 13 años y 4 meses [lo que] demuestra una prescripción de la acción penal,".

Luego de hacer una síntesis de las sentencias dictadas por las distintas autoridades judiciales dentro del proceso penal seguido contra el actor; de las sentencias de tutela dictadas por las salas de Casación Civil y Penal como jueces constitucionales de primera y segunda instancia, que negaron el amparo de tutela solicitado; y una vez superado el análisis de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte procedió a estudiar si la acción penal seguida contra el actor se encontraba o no prescrita antes de que la Sala de Casación Penal dictará su sentencia de quince (15) de mayo de 2019. Para resolver el caso la Sala Plena comenzó por referirse a la regla general que prohíbe la imprescriptibilidad de las acciones penales. Luego pasó a explicar el principio de favorabilidad

en materia penal que contiene el artículo 29 de la Constitución Política y de acuerdo con el cual la interpretación de las normas correspondientes debe siempre hacerse buscando la lectura que mayormente favorezca al sujeto acusado y que propenda por su liberación; y a la correlación que dicho postulado tiene con el principio pro homine. Posteriormente, la Sala Plena aludió al principio de plazo razonable que consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - normas internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad de la Carta Política nacional- y que establece el derecho que tiene toda persona a ser juzgada dentro de un plazo razonable so pena de que se deje en libertad. Después, descendiendo a la solución del caso, la Sala Plena observó que la normatividad utilizada en la sentencia dictada por la Sala de Casación Penal no previó la suspensión de la prescripción de la acción penal con ocasión de haberse proferido la sentencia de segunda instancia, como sí lo hace el artículo 352 de la Ley 1407 de 2010 (Nuevo Código Penal Militar) en reproducción idéntica del artículo 189 de la Ley 906 de 2004, a cuyo tenor “proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años.” En este orden, la Sala Plena de la Corte cuestionó la interpretación de dicha norma por parte de la Sala de Casación Penal y según la cual “proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años”; interpretación esta que derivaría en que al término de los cinco (5) años que prevén dichas normas se le sumara el término que faltara para completar la prescripción

hasta el momento en que se profiriera la sentencia de segunda instancia . En otras palabras, la Corte señaló que la doctrina vigente de la Sala de Casación Penal -de acuerdo con la cual la suspensión a que se refiere el artículo 189 de la Ley 906 de 2004 -idénticamente reproducido en el artículo 352 del Nuevo Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010) implicaría que, a los términos totales de prescripción previstos en los artículos 83 y 86 de la Ley 599 de 2000, se le sumaran los cinco (5) años previstos en los citados artículos de las leyes 906 y 1407- sería una interpretación inconstitucional de dicha disposición. En apoyo de la anterior conclusión la Sala Plena señaló que la mencionada interpretación legal de la Sala de Casación Penal “desconoce toda la dogmática relativa a los principios pro homine, pro libertate y de favorabilidad en materia penal y de plazo razonable” expuesta en la sentencia; y que “la prescripción de las acciones sancionatorias no solo tiene como propósito castigar al Estado por su demora en el ejercicio de su deber de perseguir a los infractores del ordenamiento sino que, además, busca proteger el derecho que tiene todo individuo a que se le defina su situación jurídica”. Además, señaló que “no existe duda en cuanto a que, al redactar los artículos 189 de la Ley 906 de 2004 y 352 de la Ley 1407 de 2010, el Legislador quiso establecer un límite de cinco (5) años para la sede de casación; y de que la interpretación de la Sala de Casación Penal propende por ampliar y extender aún más los términos prescriptivos de que tratan los artículos 83 y 86 del Código Penal y aumentar los referidos cinco (5) años.” Para soportar tal decisión, la Sala Plena indicó que, dentro del trámite legislativo del proyecto de ley que derivó en la expedición de la Ley 906 de 2004, “a la suspensión indefinida original [de dicho proyecto de ley], el

Legislador le añadió un término definido (5 años) que, contrario a la doctrina de la Sala de Casación Penal, se predica, no de la suspensión de la prescripción, sino del término que comenzara a correr después de ella.” En otras palabras, la Sala Plena precisó que la interpretación constitucional del artículo 189 de la Ley 906 de 2004 y del artículo 352 de la Ley 1407 de 2010 - Nuevo Código Penal Militar- “se traduce en que la suspensión a que remite la norma, si bien corta la continuidad de la prescripción que venía corriendo hasta que se produjera la sentencia de segunda instancia, no la vuelve a retomar en su plenitud sino que la limita a una que puede extenderse hasta por cinco (5) años”; que “esta interpretación normativa tiene la virtud de que, al tiempo que respeta los principios y valores constitucionales, también permite que la Sala de Casación Penal cuente con el tiempo razonable – de hasta cinco (5) años desde la notificación de la sentencia de segunda instancia- para resolver el recurso extraordinario de casación que se presente contra la sentencia de segunda instancia”; y que “conforme a esta interpretación, se insiste, la Sala de Casación sólo tendría un término perentorio de hasta cinco (5) años contados desde la notificación de la sentencia de segunda instancia para resolver el recurso que se presentara contra dicha sentencia; sin que dicho término pueda ser excedido so pena de la extinción de la respectiva acción penal.” Con fundamento en lo atrás expuesto, la Sala Plena resolvió amparar el derecho al debido proceso del actor, tras considerar

que “como la sentencia del quince (15) de mayo de 2019 de la Sala de Casación Penal fue dictada después de transcurridos cinco (5) años luego de que la sentencia de segunda instancia del Tribunal Militar de trece (13) de junio de 2013 fuera notificada por conducta concluyente el veintiocho (28) de junio de 2013, momento en el cual también se formuló el recurso extraordinario de casación, para la Corte es claro que la acción penal seguida contra el señor Ariosto Orozco Fontalvo por los hechos por los cuales fue condenado, se extinguió por virtud de su prescripción el veintiocho (28) de junio de 2018. Justamente, entre el 28 de junio de 2013 y el 15 de mayo de 2019 transcurrieron más de cinco (5) años.”<sup>1</sup>

**Proveído completo siguiendo el vínculo Comunicado Corte Constitucional Sentencia SU-126-22 Hoja 5.**

---

<sup>1</sup> PARDO SCHLESINGER, C. (2022, 6 abril). COMUNICADOS DE PRENSA - 2022. Corte Constitucional

**2. AUTO 402 DE 2022 del 24 de marzo de 2022, dentro del expediente CJU-1247<sup>2</sup>.**

La sala Plena de la Corte Constitucional al dirimir el conflicto de jurisdicciones presentado entre el Juzgado 26 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín y el Juzgado 8 de Instancia de Brigadas de Medellín, declaró que corresponde a la Jurisdicción Ordinaria el conocimiento de la investigación, cuando: “(...) presuntamente se concertan entre sí o con particulares para que, por medio de presuntos documentos falsos, se generen réditos o ganancias en su favor o de terceros, a través de la utilización indebida de bienes o servicios de la institución castrense, y que pueden implicar el detrimento patrimonial de las Fuerzas Armadas (...)”.

(...)

“4. En síntesis, el caso fue calificado como [...] una concertación entre la corrupción privada y la corrupción estatal, para defraudar a las personas jurídicas y la institución del Ejército Nacional, logrando beneficios privados en un claro distanciamiento, [...] de las responsabilidades que a los militares les imponían sus cargos como servidores públicos.

11. En concreto, bajo premisas de origen legal y constitucional comunes, susceptibles de extraerse de sus intervenciones, a la luz de los artículos 116, 117 y 221 de la Constitución Política, la Ley 1407 de 2010 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y al amparo del

derecho al debido proceso y al principio de juez natural, sostuvieron que los hechos consignados en el escrito de acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación permitían advertir el cumplimiento de los requisitos subjetivo y funcional como condiciones necesarias para la activación del fuero penal militar en favor de sus representados.

20. En ese sentido, se requieren tres presupuestos para que se configure un conflicto de jurisdicciones: (i) Presupuesto subjetivo, el cual exige que la controversia sea suscitada por, al menos, dos autoridades que administren justicia y pertenezcan a diferentes jurisdicciones; (ii) presupuesto objetivo, según el cual debe existir una causa judicial sobre la cual se suscite la controversia, es decir, que pueda verificarse que está en desarrollo un proceso, un incidente o cualquier otro trámite de naturaleza jurisdiccional; y (iii) presupuesto normativo, a partir del cual es necesario que las autoridades en colisión hayan manifestado, a través de un pronunciamiento expreso, las razones de índole constitucional o legal por las cuales se consideran competentes o no para conocer de la causa.

26. Así las cosas, por cuanto en el presente asunto se cumplen los presupuestos para la existencia de un verdadero conflicto de competencia entre jurisdicciones, la Corte determinará cuál es la autoridad judicial competente para asumir el conocimiento del proceso penal referido. Para cumplir dicho propósito, la Sala Plena (i) reiterará la jurisprudencia en torno al fuero penal militar y a la competencia de la Jurisdicción

<sup>2</sup> Corte Constitucional – Sala Plena – Expediente CJU-1247. Auto 402 del 24-marzo 2022. Conflicto de jurisdicciones. M.P. Diana Fajardo Rivera -Presidenta-.

Penal Militar y Policial y, con base en tales consideraciones, (ii) resolverá el caso concreto.

### **3. El fuero penal militar y la competencia de la Justicia Penal Militar y Policial. Reiteración de jurisprudencia.**

28. Con todo, a pesar de que la Corte ha reconocido que el fuero penal militar encuentra pleno respaldo constitucional, en tanto excepción a la regla de competencia para conocer y juzgar delitos, su campo de acción es limitado y restringido. Ello, por cuanto el fuero sólo puede justificarse en atención a circunstancias concretas y particularísimas, mas no a partir de formulaciones abstractas e hipotéticas, pues ello implicaría un trato desigual inaceptable frente a los demás ciudadanos. La configuración del fuero, en suma, es excepcional y restringida, de ahí que esta Corporación haya insistido en la necesidad de conceptualizar los elementos indispensables para su configuración y, por esa vía, diferenciar entre los actos que ejecuta el miembro de la Fuerza Pública en ejercicio de las actividades propias de su cargo y aquellos que son llevados a cabo como cualquier persona dotada de capacidad de actuar delictivamente.

29. En tal sentido, la Corte ha sostenido que los delitos que se investigan y se sancionan a través de la Jurisdicción Penal Militar y Policial no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la Fuerza Pública. Sobre el particular, ha enfatizado en que ante tal jurisdicción sólo son justiciables los miembros de las fuerzas militares y de policía en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan relación con el servicio. Es decir, además de un elemento subjetivo (ser miembro de la Fuerza Pública en servicio al momento de la ejecución de la conducta), la configuración del fuero

requiere de la intervención de un elemento funcional, esto es, que el delito cometido tenga relación con el mismo servicio. Al respecto, se ha señalado que “la exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental.”

30. Así las cosas, es necesario advertir que, al tenor de los referidos pronunciamientos, para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar, esto es, para que exista un vínculo claro entre (i) la conducta desviada y (ii) el servicio, “el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado.” Por lo tanto, tal vínculo se disolverá en el evento en que, ab initio, el agente tenga marcados propósitos criminales, pues en este caso “el ejercicio de funciones militares constituye un mero disfraz o fachada para la actividad delictiva.

31. De ese modo, el referido elemento funcional implica que el fuero penal militar esté circunscrito exclusivamente “a las misiones institucionales de las fuerzas militares y de policía, legal y constitucionalmente definidas y a las órdenes dictadas con estricta sujeción a esos propósitos previstos por el ordenamiento jurídico [...], siempre que estos respondan precisamente al cumplimiento de los fines superiores asignados a esas instituciones armadas.” Por tal razón, aun cuando en la comisión del ilícito los agentes de la Fuerza Pública utilicen elementos, indumentaria, tecnología, vehículos, etc., generalmente usados en tareas institucionales, pero la actividad en concreto se encuentre

totalmente desarticulada de una función legítimamente considerada, el resultado punible, producto de esa conducta, no será un delito de competencia de la jurisdicción penal militar, sino que tendrá carácter común y será objeto de investigación y juzgamiento por las autoridades ordinarias.

32. La Sala Plena de la Corte ha reiterado que, en el evento en que deba resolverse un conflicto de competencia entre la Jurisdicción Ordinaria y la Penal Militar, debe analizarse el contexto fáctico en el que se cometió el acto delictivo y contrastar la conducta efectivamente desplegada y la operación o el acto propio del servicio. Ello, pues sólo si a partir del material probatorio no existe duda sobre la configuración de los elementos subjetivo y funcional y, con ello, del fuero penal militar, el proceso deberá ser asignado a la Justicia Penal Militar. Por el contrario, cuando se advierta que el agente se apartó o rompió con el servicio que le correspondía prestar y, por esa vía, adoptó un tipo de comportamiento radicalmente distinto al constitucional y legalmente esperado, el conocimiento de la causa penal tendrá que estar en cabeza de la Jurisdicción Ordinaria, habida cuenta de que en estos casos no se trata de una extralimitación o abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado, sino de un delito común.

33. En esa misma línea, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que el nexo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, mas no hipotético y abstracto. Es decir, el exceso o la extralimitación deben darse dentro de la realización de una tarea íntimamente relacionada con las funciones de la Fuerza Pública, de suerte que si tal vínculo

estrecho no existe, o persisten dudas sobre su efectiva configuración, “el juzgamiento de los resultados antijurídicos no puede en modo alguno ser objeto de conocimiento de la jurisdicción penal militar, sino de la justicia ordinaria.” Así las cosas, para que el asunto sea de conocimiento de la citada Justicia Penal Militar y Policial, es imprescindible que el agente de la Fuerza Pública haya iniciado “una actuación válida, legítima, propia de sus funciones, comportamiento que en manera alguna puede ser reprochable, solo que en el curso de la actuación, se cuestiona por desviarla, extralimitarse o abusar, constituyéndose en objeto de investigación penal, pero siempre en el entendido de que estos procederes tenían una correspondencia, un vínculo, con la tarea específica propia del servicio correspondiente.

34. Sobre el punto, es necesario recordar que esta Corporación ha establecido que “el fuero parte del hecho necesario de que el militar o el policía dieron comienzo legítimo a un acto propio del servicio, pero en el camino decidieron salirse del mismo para realizar conductas delictivas, ello siempre en el entendido de que esos actos desviados igual tienen un nexo, un vínculo estrecho con esa función válida iniciada.” Es más, en relación con la configuración del requisito funcional, es decir, del vínculo directo y claro que debe predicarse entre la presunta conducta punible y el servicio, la jurisprudencia de este Tribunal ha discernido que “si el comportamiento típico es consecuencia del desarrollo de una tarea propia del servicio, pero la misma es cumplida de forma distorsionada o desviada, la acción perderá cualquier relación con la labor legal y será, como cualquier delito común, objeto de conocimiento de la jurisdicción ordinaria

40. De acuerdo con las reglas jurisprudenciales desarrolladas con

anterioridad, las conductas que revistan las características de delitos que se cometen “en relación con el servicio” por parte de miembros de la Fuerza Pública se circunscriben a las ejecutadas en desarrollo de actividades propias de la función castrense, esto es, a aquellas orientadas al cumplimiento de la misión y finalidades que la Constitución Política impone a la Fuerza Pública y que, por lo tanto, adquieren un carácter inherente al cargo. (...)”

41. En el asunto bajo definición, por el contrario, las diversas actuaciones que supuestamente habrían emprendido los militares procesados, consistentes básicamente en concertarse entre sí y con particulares para defraudar tanto al Ejército Nacional, como a personas jurídicas a las cuales se les habría prestado un servicio bajo la salvaguarda de documentos de dudosa naturaleza y que no cumplían con las directrices trazadas por el ordenamiento, o a su vez a través de la suscripción de diferentes actas de entrega de insumos que nunca ingresaron al patrimonio de la entidad castrense, implican conductas graves que, por sí mismas, resquebrajan cualquier vínculo con el servicio militar.

42. Dichas conductas, en efecto, no pueden en ningún caso vincularse con las atribuciones que constitucional y legalmente le fueron encomendadas a los miembros de la Fuerza Pública. No puede calificarse como un comportamiento propio o relacionado con el servicio la concertación con particulares y entre los mismos miembros de la institución castrense para que, presuntamente por medio de documentos falsos, se generen réditos o ganancias para sí o para terceros en detrimento de los intereses de la institución armada. Tales conductas, además de atentar contra los bienes

jurídicos de la administración y fe pública, vulneran ostensiblemente las finalidades para las cuales, paradójicamente, fue prevista la institución de las Fuerzas Militares.

43. Las actividades descritas en los términos que obran en el expediente y que han sido previamente reseñadas permiten concluir (...) habrían ejecutado actividades ajenas al cumplimiento de sus funciones y que carecen de relación con el servicio. En ese orden de ideas, tal y como ha sostenido recientemente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al estudiar casos de similares características, no puede afirmarse que sea evidente “el vínculo entre el delito perpetrado contra la administración pública y algún acto del servicio [...] habida cuenta que la conducta [...] nada tiene que ver con prácticas institucionales asignadas a los uniformados. Por el contrario, lo que exhibe es una deliberada infracción de la ley penal ordinaria, desde luego, extraña al servicio que ellos debían desempeñar. (...)” (subrayado fuera de texto) **Proveído completo siguiendo el vínculo AUTO 402-2022 24 de marzo de 2022.**

### III. PRONUNCIAMIENTO RELEVANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**SP568-2022, Radicación No. 60207 de 02 de marzo de 2022**<sup>3</sup>. La Corte Suprema de Justicia al resolver recurso de casación, efectuó algunas precisiones atendiendo los precedentes jurisprudenciales sobre la forma de vinculación al proceso penal, la legalidad y validez de la vinculación residual o supletoria como persona ausente y señaló algunos cuestionamientos sobre la estrategia y actividad de la defensa técnica a lo largo de las diferentes instancias en el proceso penal.

**“(…) VINCULACIÓN AL PROCESO PENAL - Formas:** a través de la indagatoria o declaración de persona ausente **/INDAGATORIA - Medio de defensa y de prueba / INDAGATORIA - Citación:** no es necesaria cuando procede por un delito en que hay que definir situación jurídica. El diseño procedimental de la Ley 600 de 2000, establece dos formas legales de vinculación al proceso: la primera, escuchando al indiciado en indagatoria y, la segunda, declarándolo persona ausente (art. 332). Regula, de igual modo, que el funcionario judicial recibirá en indagatoria a quien en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación o por haber sido sorprendido en flagrante conducta punible, considere que puede ser autor o partícipe de la infracción penal (art. 333). La indagatoria, en su doble carácter de medio de defensa y medio de prueba, se erige como derecho del

sindicado, quien puede solicitarla en cuanto tenga noticia de la existencia de una actuación en la cual obren imputaciones penales en su contra (art. 334). El funcionario judicial, por su parte, debe citar en forma personal al implicado a indagatoria, para lo cual se adelantarán las diligencias necesarias, dejando las constancias correspondientes en el expediente, aunque si la 12 instrucción cursa por delitos frente a los cuales procede resolver situación jurídica, puede prescindir de la citación y librar orden de captura contra el requerido (art. 336). [...] La jurisprudencia de la Corte reconoce que adelantar el proceso con la vinculación del sindicado en calidad de persona ausente, resta sus posibilidades de defensa en cuanto se ignoran las explicaciones que acerca de la conducta que se le imputa pueda suministrar, dificultándose de esta manera la labor defensiva de sus representantes judiciales. Sin embargo, reitera, tal posibilidad se halla prevista en la legislación colombiana, y resulta constitucional cuando esa medida extrema obedece a la imposibilidad de ubicar al implicado o a su postura renuente y es él quien determina que así evolucione la instrucción o el juzgamiento. En caso contrario, en ausencia de ese mecanismo, el Estado perdería la oportunidad de ejercer la acción penal en eventos como los advertidos. El proveído mediante la cual se declaró persona ausente al procesado en el asunto bajo

<sup>3</sup> Sala Casación Penal, MP. José Francisco Acuña Vizcaya

examen satisface los requisitos formales y sustanciales que, según la ley, tornan viable esa forma alterna de vinculación al proceso. En efecto, la resolución de sustanciación del 31 de mayo de 2013 fue expedida por el fiscal instructor varios meses después de haber ordenado la captura de N.V.G. para escucharlo en indagatoria por la comisión de delitos de extorsión agravada y desplazamiento forzado, conductas frente a las cuales procede la detención preventiva como medida única de aseguramiento considerada en la Ley 600 de 2000. La resolución se dictó en consideración a que la persona, plenamente identificada, en contra de quien se libró orden de captura con fines de indagatoria, no fue ubicada por las autoridades de policía encargadas de ejecutar el mandato de aprehensión. Dispuso, por tal razón, vincularla de esa manera al proceso, con ocasión de los hechos allí descritos, expuestos por el denunciante [...] De igual modo, el proveído mencionado atendió los precedentes jurisprudenciales que destacan la legalidad y validez de la vinculación residual o supletoria al proceso como persona ausente, cuando no haya sido posible hacer comparecer al trámite al imputado luego de agotar las opciones razonablemente viables según la información de que se dispone, y se concluya en la imposibilidad de localizarlo, o que a pesar de haber sido informado de la existencia del proceso, el investigado se ubicó en rebeldía frente a los requerimientos de la administración de justicia, marginándose voluntariamente del desarrollo procesal. **NULIDAD - Defensa técnica:** el recurrente debe explicar la trascendencia de los yerros atribuibles al anterior defensor / **DEFENSA TÉCNICA** - Nuevo apoderado no puede argumentar la violación a este derecho por disparidad de criterios con anterior apoderado / **DEFENSA TÉCNICA** -

**Procesado ausente / NULIDAD - Defensa técnica:** es necesario acreditar que el resultado dañoso para el procesado proviene de abandono, negligencia o manifiesta contrariedad con la lex artis del abogado / **NULIDAD - Principio de trascendencia:** la censura ha de poner de manifiesto cómo la subsanación del error conduciría a variar el sentido de la decisión [...] la jurisprudencia de la Corte tiene establecido que, los cuestionamientos que en sede de casación se realizan a la estrategia y la actividad emprendida por el letrado que ejerció la defensa en las instancias, o que no logró mejores resultados de cara a la situación del sentenciado, son insuficientes para fundar eventuales trasgresiones a sus garantías fundamentales y, en particular, del derecho a una adecuada representación técnica, pues, según tiene decantado, el ejercicio de la actividad defensiva es de medio, no de resultado y porque el ordenamiento le asegura al profesional del derecho autonomía y libertad en la escogencia de la técnica o estrategia a adoptar, entre las múltiples alternativas posibles de ser planteadas en el curso de la actuación procesal, de manera que no le impone al abogado derrotos a seguir en el curso de la gestión encomendada, ni le fija orientaciones de ninguna índole, pues son infinitas las eventualidades que pudieran ofrecerse, por supuesto imposibles de prever a través de reglas con las cuales determinar el camino a adoptar ante una incierta situación, lo que implicaría reglamentar tesis defensivas seguramente desarticuladas de la realidad surgida en cada proceso penal. Lo anterior resulta igualmente predicable en relación con los defensores de los procesados juzgados en ausencia, quienes no cuenta por lo general con esa otra versión de los acontecimientos, lo cual incide en una mejor comprensión del asunto y en la adopción de la estrategia defensiva,

que si llega a ser de naturaleza pasiva, en tanto no derive en claro abandono o inexcusable descuido, resulta admisible y consonante con el derecho a la presunción de inocencia, pues exige superlativo desempeño estatal en la reconstrucción de la verdad y en el aporte probatorio requerido para derruir aquel postulado. La situación expuesta en el cargo examinado en forma alguna desarrolla el concepto de abandono u orfandad defensiva que conduce a la anulabilidad del proceso, tan solo revela la desazón del actor por el hecho de que los defensores que lo antecedieron no advirtieron ni debatieron los aspectos que, ex post, llamaron su atención, sensación que, por supuesto, no puede dar pie a la degradación del trámite. En primer lugar, porque, de acuerdo con lo verificado en reproche anterior, la irregularidad que alega en relación con la vinculación del acusado al proceso carece de fundamento y, en segundo término, porque el tema alusivo a la identidad entre el acusado y alias [...], como era conocido V.G. al interior de la autodefensas y por la comunidad donde ejercía mando, se estableció plenamente en el trámite, de manera que si alguna duda podía ofrecer fundadamente el actor, debió entonces exponerla técnicamente con base en la causal primera de casación, cuerpo segundo, a partir de errores de hecho o de derecho que sobre el tema pudieran atribuírsele al sentenciador (...)" (subrayado y negrilla de relatoría TSMP) Proveído completo siguiendo el hipervínculo radicación No. **60207 del 02 de marzo de 2022**



**Martha Flor Lozano Bernal**

Relatora

**Miguel Ángel Medina Moreno**

Judicante

[relatoriatribunalipm@justiciamilitar.gov.co](mailto: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