



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 SEPTIEMBRE 2022

1. MEDIOS DE PRUEBA: Estructuración del indicio. En punto a los medios de prueba, debe tenerse en cuenta que para la estructuración del indicio que se requiere para resolver la situación jurídica, no basta con indicar que, de los elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida, se puede inferir con probabilidad de verdad algún tipo de responsabilidad, sino que resulta imperioso llevar a cabo el análisis correspondiente y edificar sobre lo propio el requerido indicio. **DEBIDO PROCESO: Debate procesal.** En el marco del debido proceso se desarrolla una controversia o debate procesal, el cual contiene unos criterios en su trámite, a los cuales han de sujetarse tanto el juez como los sujetos procesales, y bajo tal entendido, al apelante en ejercicio de la garantía del derecho de contradicción le implica el deber de reunir los presupuestos de la impugnación, iniciando por la capacidad jurídica para interponer el recurso, su interés jurídico, la sustentación y la oportunidad para presentarlo. Pero para que el sujeto procesal pueda ejercer el derecho de contradicción, indispensable resulta que el funcionario judicial al emitir su fallo, lo haga valorando las pruebas sobre las que edifica la decisión y dando la calificación jurídica a los hechos, al igual que determinando la situación jurídica del procesado, es decir, presentando los fundamentos legales concretos que sustentan su decisión y la resolución que corresponde, solo así, se le podrá garantizar a los sujetos procesales el derecho de defensa materializado, en este caso, a través de los recursos o, sencillamente, el sujeto debe tener cabal conocimiento sobre los fundamentos de

la providencia. En otras palabras, esto se traduce en la garantía de las formas propias del juicio. **DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA: Estructuración del indicio grave de responsabilidad.** La definición de situación jurídica no es una mera decisión sobre la libertad o la detención de un sindicado, es decir, no se circunscribe única y exclusivamente a determinar si se impone o no medida de aseguramiento. El punto neurálgico de la definición de situación jurídica se materializa en la estructuración del indicio grave de responsabilidad que implica la valoración del injusto culpable o si se quiere, la valoración de la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable y si alguno de estos estadios no se configura, no se estructura el indicio grave requerido. **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO: Presupuestos.** El interlocutorio que contiene la definición de la situación jurídica provisional y la determinación de imponer o no medida de aseguramiento, debe reunir la estructuración de tres presupuestos: uno subjetivo, uno objetivo y los fines de la medida de aseguramiento, así: 1) Elemento subjetivo, se configura en la constatación sobre la existencia probatoria que permita construir un indicio grave de responsabilidad, en punto específico sobre la autoría o participación de aquél sujeto a quien se le atribuye la realización de una conducta y consecuente con ello, se le imputa la comisión del delito, es decir, se califica su situación jurídica. 2) Elemento objetivo, entendido éste, como la verificación de la medida de aseguramiento que la ley objetiva ha dispuesto según el delito que se trate, y de hacer referencia a la detención preventiva

como medida de aseguramiento, los presupuestos señalados se refieren a los eventos, i) cuando el delito tenga pena prevista de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años, ii) cuando el delito atente contra el servicio o la disciplina, iii) cuando se haya realizado captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión, o iv) en aquellos casos en que el procesado se abstenga de otorgar caución prendaria o juratoria dentro de los tres días siguientes. Estas variables son ordenamiento expreso de la norma y evitan la arbitrariedad del juez al momento de decidir si impone o no restricción de la libertad, causales con las que el legislador protege las condiciones y régimen de libertad del sujeto. 3) El tercer elemento consiste en la verificación de los fines de la medida de aseguramiento que si bien, no están expresamente consagrados en la ritualidad procedimental militar de corte inquisitivo (Ley 522/1999), sí están consagrados en la ley procesal militar de corte acusatorio (Ley 1407/2010), y bajo una interpretación sistemática desde el ordenamiento constitucional (CSJ.SP. Rad: 22188/abr/2004), resulta imperativa la verificación de los fines perseguidos por la medida de aseguramiento, según los requisitos dispuestos en la norma para su imposición. El legislador discriminó los fines que debe perseguir la medida de aseguramiento así, i) impedir que el imputado pueda transformar o desfigurar el recaudo probatorio o dificulte este último ejercicio por parte del investigador (Ley 906/2004 art.309); ii) evitar nuevas y futuras agresiones a los intereses de la comunidad, de la víctima o de la Fuerza Pública (Ley 906/2004 art.310-311), y iii) que la restricción de la libertad tendría el propósito de asegurar la comparecencia del imputado al proceso y garantizar al mismo tiempo la ejecución de la pena en

caso de una sentencia de carácter condenatorio. En suma, los presupuestos anteriores enunciados, requeridos para definir la situación jurídica y determinar la imposición de medida de aseguramiento o no, se inicia por la construcción del indicio grave de responsabilidad (elemento subjetivo), y posterior a ello establecer la necesidad de la medida (C. Const. Sentencia C-318/abr/2008) mediante la determinación del fin que se persigue con su imposición, fijado ello, se procede a acatar el criterio objetivo, es decir, la medida en general que la ley ha dispuesto para el tipo penal que se investiga (privativa o no de la libertad), y finalmente del abanico de las privativas o de las privativas de la libertad según sea el caso, se debe seleccionar la medida que se impondrá, según resulte adecuada, proporcional y razonable, en pro de alcanzar la finalidad determinada como necesaria. Por lo anterior, la definición de situación jurídica no se reduce a la determinación sobre la imposición o no de medida de aseguramiento, sino que ella debe comprender la “precisión” de la calificación jurídica que se desarrolla por vía del indicio y también decide, sobre la imposición o no de la medida de aseguramiento que requiere en su valoración, además del indicio grave de responsabilidad, la valoración del criterio objetivo y la determinación de los fines, aclarando que la definición de situación jurídica es provisional o mutable, dependiendo del devenir procesal, no con ello, debe el Juez de Instrucción dejar de imputar de manera correcta y concreta los delitos que se deriven tanto de los hechos como del acervo probatorio obrante. **INDICIO GRAVE DE RESPONSABILIDAD: Valoraciones para su estructuración.** La estructuración del indicio grave de responsabilidad requiere para su edificación valoración: i) en sede de tipicidad objetiva y subjetiva,

debiéndose indicar si los delitos imputados se cometieron a título de dolo, culpa o preterintención, ii) valoración de la antijuridicidad tanto formal como la material en cada uno de los delitos imputados y frente a cada uno de los procesados y iii) el indicio grave de responsabilidad también debe contener una valoración desde el punto de la culpabilidad. Lo anterior lleva a concluir que, en la dialéctica argumentativa para estructurar el indicio, se debe expresar fáctica y jurídicamente la construcción de la tipicidad, e igualmente la construcción de la antijuridicidad y por supuesto la valoración subjetiva de la culpabilidad, presupuestos necesarios para resolver la situación jurídica.

FALTA DE MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES: Consecuencias. El no especificar los presupuestos fácticos y jurídicos que suponen estructuran la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de las conductas imputadas en las decisiones, genera la imposibilidad por parte de los sujetos procesales de presentar su antítesis, es decir, impide el ejercicio del derecho de contradicción y esa vulneración implica a su vez afectación al debido proceso. La falta de motivación genera afectación al derecho de contradicción y a su vez afecta de manera real y concreta las garantías de contradicción; incluso podría abordarse el derecho de defensa argumentando que para la corrección de este tipo de vulneración no existe otro mecanismo procesal para remediarlo distinto a la nulidad, según los lineamientos del principio de trascendencia y de residualidad.

DEBIDO PROCESO: Concepto. El debido proceso ha de entenderse desde dos perspectivas, la formal y material. Concepto formal del debido proceso, es un proceso rituado conforme a la ley, es decir, la sucesión de pasos estrictamente fijados en la ley, y

que sólo el agotamiento de cada uno de ellos permite al final, que el funcionario judicial profiera su decisión. Desde el punto de vista material el proceso debido, es el método que permite efectivizar el derecho sustancial buscando armonía entre los derechos fundamentales del procesado y la facultad punitiva del Estado. Luego si no se construye el indicio, se desborda la facultad punitiva del Estado y violenta los derechos del procesado. Los anteriores enunciados, adquieren mayor riqueza descriptiva si determinamos cuál es el fin y la función de un proceso, ellos se estructuran del modelo de Estado y el fin en un Estado Social de Derecho tiende a llevar al funcionario judicial a obtener la verdad histórica, protegiendo a su vez los derechos fundamentales del individuo y a buscar el restablecimiento del derecho.

DEBIDO PROCESO: Garantías. El debido proceso contiene varias garantías penales y procesales entre otras, allegar pruebas, respetar el principio de legalidad, el principio de la doble instancia, el del juez natural, el de las formas propias del juicio, etc., y en especial, el derecho de contradicción que resulta vulnerado ante una decisión interlocutoria con ausencia de motivación, al no existir la construcción dialéctica del indicio grave de responsabilidad, una inadecuada imputación jurídica, desconocimiento o inaplicación de disposiciones legales e instrumentos internacionales en punto de víctimas de homicidio menores de edad y, por ende, resulta difícil ejercer el derecho de contradicción.

RAD. 159220 – 01-SEP-22 – HOMICIDIO - LESIONES PERSONALES – OMISIÓN DE SOCORRO - FAVORECIMIENTO – APELACIÓN SITUACIÓN JURÍDICA IMPUSO MEDIDA DE ASEGURAMIENTO CONSISTENTE EN CAUCIÓN JURATORIA. MP. CR ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA – DECRETA NULIDAD.

2. INDAGACIÓN PRELIMINAR: Finalidad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 451 de la Ley 522 de 1999, la indagación preliminar tiene como fin determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal, para lo cual se deben allegar los medios de prueba que permitan establecer si el hecho denunciado ha tenido ocurrencia, si tal acontecer se encuentra descrito en la ley penal como punible, e identificar o individualizar a los autores y partícipes de este. **TESTIMONIO:**

Criterios para el análisis y valoración.

Cuando se encuentran inconsistencias entre los testimonios o cuando existen contradicciones en varios de ellos que han sido rendidos por el mismo testigo, jurisprudencialmente la Corte Suprema de Justicia tiene establecido que *“Lo que destruye el valor y la credibilidad de los testimonios vistos en su unidad o en relación con otros es la verdadera contradicción sobre aspectos esenciales relevantes y esa depreciación será mayor cuando sea menos explicable la contradicción. En esa medida cuando aquella recae sobre el hecho principal o aspectos esenciales en los cuales exista un cambio de visión de extremos como pueden ser por ejemplo de afirmación o negación, de existencia o inexistencia, etc., deberá entenderse y valorarse que esos giros por decirlo así de ciento ochenta grados y que el error casual por desatención o por olvido no puede sostenerse. Es cierto que uno de los presupuestos para la eficacia probatoria del testimonio es su claridad, precisión y conformidad, es decir, que no comporten contradicciones internas en sus propias expresiones, ni externas en relación a otros medios de convicción. Puede afirmarse que el testimonio en general incluido el testimonio del ofendido, se puede ver afectado en su credibilidad por ser contradictorio, excluyente (en lo interno o externo) en sus referencias fácticas a los*

aspectos principales, esenciales de la conducta punible materia de investigación o juzgamiento, por obstáculos o minusvalías en su capacidad intelectual, sensorial, visual o auditiva, o por la imposibilidad de registros, o en circunstancias en que hubiese tenido motivos que le generaran una intención de engañar, aspectos que en manera alguna se reportan ni evidencian en los testimonios objeto de cuestionamiento, pero lo menos y que en manera alguna puede argumentarse en orden a unos errores derivados de falso raciocinio, es demandar su invisibilidad como medios de prueba”. No obstante, si llegare a confirmarse que hubo manipulación o que el testigo está faltando a la verdad, el funcionario deberá adoptar las medidas necesarias en punto de excluir las pruebas irregulares o ilícitas que pudieran manchar la investigación al punto de castigarla con una invalidez; recordemos que frente a la prueba ilegal o irregular, sólo opera la exclusión de la misma del conjunto probatorio a condición de que la irregularidad o la pretermisión legal en el recaudo, aducción o aporte de la prueba tenga connotación de trascendental, fundamental o medular frente a las garantías del procesado, pues de no ser así el medio de convicción deberá ser estimado. **PRUEBA ILEGAL y PRUEBA ILÍCITA:** Distinciones. Reseña Jurisprudencial. **RESERVA SUMARIAL: Alcance.** Con fundamento en este principio el administrador de justicia puede disponer que una investigación solo pueda ser conocida por los funcionarios y empleados que la adelanten, los peritos cuando lo necesitan para rendir su dictamen y las partes que intervengan en el proceso, para el cumplimiento de sus deberes. Siendo lo anterior así, es evidente que las partes con facultades para actuar y ser reconocidas como sujetos procesales dentro del proceso,

tal y como lo establece el Título Quinto de la Ley 522 de 1999 son: i) El Ministerio Público; ii) la Fiscalía Penal Militar; iii) el imputado y el procesado; iv) el defensor; y v) la Parte civil constituida dentro del proceso. Agréguese a lo dicho, que todas las diligencias producto de la investigación de conformidad con el procedimiento que consagra la Ley 522 de 1999, gozan de reserva sumarial incluso desde la indagación preliminar, con mayor razón cuando la investigación se convierte en sumario a la luz de lo expuesto en el artículo 461, al punto que la misma obra castrense consagra, de un lado, la obligación de guardar la reserva por parte de los sujetos procesales, y del otro, las sanciones para quienes quebranten esta disposición.

PERITOS, ASESORES ESPECIALIZADOS. Prestación de servicios en la investigación. Referente al tema de los peritos que participan en la investigación, es dable indicar que la Ley 522 de 1999 le otorga al juez la facultad de decretar pruebas periciales cuando requiera de conocimientos especiales en determinadas ciencias, artes o avalúos y que este debe ser prestado por expertos de policía judicial de la Policía Nacional, del cuerpo técnico de policía judicial, medicina legal y demás funcionarios que no tengan interés en el proceso. Asimismo, la norma prevé la posibilidad al juez de acudir a asesores especializados, cuando la naturaleza de los hechos requiera de ilustración de personal experto. Tampoco es irregular que dentro de una investigación se recurra a la práctica pericial para establecer hechos que no están al alcance de ser debidamente establecidos por desconocimiento del funcionario judicial.

DICTAMEN PERICIAL: Impugnación. De conformidad con el artículo 424 del Código Penal Militar el dictamen pericial puede ser objetado por error, violencia o dolo, otorgándosele a los sujetos procesales la

oportunidad de impugnar las conclusiones de la experticia buscando la aceptación de la objeción cuando esta resulta incorrecta por equivocación, coerción o por voluntad maliciosa del perito, asunto que será debatido y agotado en el marco del proceso penal que compete. Misma forma, debe recordarse que, de advertirse un procedimiento irregular para la designación y posesión del perito, así como para la aducción del dictamen, los sujetos procesales pueden acudir al instituto de la nulidad para invalidar la actuación. **RAD. PREL. 242 - 14-SEP-22 – POR ESTABLECER. MP. CR LÓPEZ PARADA JOSÉ ABRAHAM–. AUTO INHIBITORIO.**

3. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL: Contabilización de los términos. Reiteración o reseña jurisprudencial.

“Por regla general, la prescripción se encuentra regulada en el artículo 83 del código penal común, el cual refiere en su inciso primero que la acción penal se extingue en un tiempo igual al de la pena máxima prevista en la ley para el delito respectivo cuando se trate de pena de prisión. Término que no puede ser inferior a cinco ni superior a 20 años, por lo que respecto a los delitos que tienen una pena de prisión inferior a este lapso o no tienen contemplada pena de prisión la acción penal prescribe en 5 años. Por su parte, el artículo 83 de la Ley 522 de 1999 o Código Penal Militar, norma aplicable en virtud de la fecha de ocurrencia de los hechos, reproduce en su integridad el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, a excepción del delito de desertión cuyo lapso prescriptivo es de dos años, indicando además en su parágrafo único que cuando se trate de delitos comunes la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal para los hechos cometidos por servidores públicos. Igualmente, el inciso 6 del precitado artículo 83 de la Ley 599 de 2000

establece que cuando se trate de delitos cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones el término prescriptivo se aumentará en una tercera parte, lapso que fue incrementado a la mitad, conforme la modificación introducida al código penal por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011. En otras palabras, en virtud de principio de temporalidad normativa, el lapso extintivo de la acción penal en este preciso evento será mínimo de seis años ocho meses o de siete años cinco meses según se aplique al caso la Ley 599 de 2000 o la Ley 1474 de 2011. Criterio que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido al señalar que ningún delito cometido por un servidor público prescribe en un término inferior a 6 años y 8 meses, aunque la pena máxima de prisión fijada para el delito en cuestión sea inferior a 5 años(...). Por otra parte, el artículo 84 de la Ley 599 de 2000 establece otra regla general, según la cual el término de prescripción empieza a contabilizarse para los delitos de ejecución instantánea a partir del día de su consumación, en los delitos de ejecución permanente desde la realización del último acto y en los delitos de comisión por omisión a partir de cuando cese el deber de actuar por parte del agente. Luego, cuando se trate de varios delitos que deban ser juzgados dentro de una misma actuación, el término prescriptivo correrá en forma independiente para cada uno de ellos. Del mismo modo, el artículo 86 del Código Penal Militar prevé que el término prescriptivo de la acción penal se desarrolla o avanza en dos oportunidades dentro del esquema procesal mixto regulado por la Ley 522 de 1999. El primer lapso extintivo tiene ocurrencia desde que el delito haya consumado hasta que se produce la ejecutoria de la resolución de acusación, momento a partir del cual comienza a contabilizarse un nuevo

periodo extintivo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de la citada codificación, sin que ese nuevo término o conteo pueda ser inferior a cinco ni superior a diez años. Sin embargo, tratándose de delitos cometidos por servidores públicos en ejercicio o con ocasión de las funciones propias de su cargo, el segundo término prescriptivo deberá contabilizarse conforme los lineamientos del inciso 6 del artículo 83 del Código Penal". **PREVARICATO POR OMISIÓN: Prescripción de la acción penal.** Corresponde a un tipo penal de omisión propia que, además, es de ejecución permanente conforme a los lineamientos trazados por la Corte Suprema de Justicia sobre la materia. Razón por la cual para efectos de contabilizar el inicio del término prescriptivo de la acción penal han de aplicarse las reglas del artículo 84 de la Ley 599 de 2000 y 86 de la Ley 522 de 1999 dada la fecha de ocurrencia de los hechos, según las cuales cuando se trate de delitos de dicha naturaleza la prescripción de la acción penal se cuenta a partir de la perpetración del último acto. Reseña jurisprudencial. **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: Aplicabilidad.** Reseña jurisprudencial y legal. Este principio rector del Derecho Penal constituye una excepción a la norma general según la cual las leyes rigen hacia el futuro, y solo opera, como lo tiene reconocido la jurisprudencia penal y constitucional, cuando se presenta sucesión de leyes en el tiempo con identidad de regulación, pero también, frente a la coexistencia de legislaciones que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho. Tenemos entonces que por regla general la ley penal rige hacia el futuro, vale decir, para las conductas cometidas durante su vigencia, no obstante, en virtud del principio de Favorabilidad es posible excepcionar este postulado mediante

su aplicación retroactiva o ultractiva. En el primer evento, la ley es aplicada a hechos ocurridos antes de entrar en vigor, mientras que, en el segundo, su aplicación va más allá de su vigencia en el tiempo, bajo el miramiento en ambas hipótesis, que ello reporte un tratamiento menos gravoso para el sujeto pasivo de la acción penal, vale decir, que sea más benéfico para su situación. En este orden de ideas, implica que, este principio como garantía fundamental del Debido Proceso no puede desconocerse en ninguna circunstancia, siempre y cuando se den los parámetros jurídicos para su reconocimiento. **PRINCIPIO LEGALIDAD, DEBIDO PROCESO Y FAVORABILIDAD: Alcance.** Reseña jurisprudencial. El principio de Legalidad y el del Debido Proceso, nunca pueden separarse y que así mismo, encuentran su excepción en virtud de otro principio también de orden constitucional como lo es el de “Favorabilidad”, y por consiguiente, la ley puede retrotraer sus efectos a hechos ocurridos antes de su vigencia con la figura jurídica de la retroactividad o extenderlos al futuro, es decir, después de haber perdido vigencia a través del fenómeno de la ultractividad de la ley; siempre y cuando los hechos hayan ocurrido durante su vigencia. **TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN PENAL. Inaplicabilidad de la Ley 1407 por favorabilidad. Resolución de acusación v/s imputación de cargos. Reseña jurisprudencial.** Es procedente traer a colación, pronunciamiento del Honorable Tribunal Superior Militar, donde se aquilató: *“Lo anterior, nos lleva a concluir al igual como lo hizo la Corte Suprema de Justicia (que el instituto de la prescripción contenido en la ley 1407 de 2010 está dado para operar en el sistema acusatorio y no para el procedimiento que estatuye la Ley 522 de 1999, al no estar regida por los mismos principios que ahora orientan el*

sistema acusatorio). En este sentido entonces, tendríamos siguiendo el criterio jurisprudencial antes mencionado que la interrupción de la prescripción en la Ley 522 de 1999 (resolución de acusación) y en la Ley 1407 de 2010 (formulación de imputación) no guardan similitud al corresponder a actos de distinto contenido material y alcance, que sus consecuencias procesales son diferentes, que corresponden a etapas procesales distintas, y que por lo mismo no es posible predicar identidad, además porque el nuevo estatuto también establece la figura de la acusación. (...). Por lo anterior, es inviable la aplicación del principio de favorabilidad, toda vez que se enfrentan dos estructuras procesales distintas con diferencia sustancial la una de la otra, si se tiene en cuenta que conforme a la Ley 522 de 1999 se interrumpe el fenómeno prescriptivo con la ejecutoria de la resolución de acusación, y en la Ley 1407 de 2010 con la formulación de imputación, considerada esta como un acto de comunicación y que se materializa en escenarios distintos, sin que ello permita desarticular o desmembrar la estructura del proceso. **NULIDAD: Carga argumentativa de quien la invoca.** Reseña jurisprudencial. **NULIDAD. Principio de transcendencia. Derecho de defensa.** La carta política le concede a la defensa, la garantía de resguardar los intereses del procesado, pero el abstenerse de participar en las diligencias en su momento procesal, tal vez como parte de su táctica defensiva, no puede pretenderse que con una posible declaratoria de nulidad revivir etapas superadas, como bien lo ha indicado la Honorable Corte Suprema de Justicia: *“(…) El artículo 29 de la Carta Política le otorga derecho a la defensa en su doble dimensión material y técnica cuya garantía debe estar presente en toda la actuación procesal como presupuesto*

de legitimidad, pero esta circunstancia, por sí sola, no es suficiente para detraer el proceso a etapas ya superadas. Esto porque en virtud del principio de trascendencia que rige en materia de nulidades, su declaratoria sólo es posible si la irregularidad alegada realmente afecta las garantías de los sujetos procesales o si desconoce las bases fundamentales de la actuación o del juzgamiento. De suerte, que la nulidad debe tener un motivo suficiente, conforme con el cual no se puede derivar de la informalidad en sí misma considerada, pues en tratándose del derecho de defensa indispensable es distinguir su contenido material de la pretensión defensiva y surgir un perjuicio real para la garantía, toda vez que, si éste no se produce, no es posible demandar la inutilidad de la actuación (...). **RAD. 159751- 23-SEP-22 – PREVARICATO POR OMISIÓN. APELACIÓN AUTO NIEGA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL MP. CR. SANDRA PATRICIA BOTÍA RAMOS. CONFIRMA.**

4. BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASE DE DATOS: Derecho a la intimidad. La búsqueda selectiva en base de datos se encuentra reglamentada en el artículo 404 de la Ley 1407 de 2010. Este concepto implica la exploración de sistemas confidenciales, que por comprometer bienes pueden colocar en riesgo derechos fundamentales como la intimidad y requiere la autorización del Juez Penal Militar de Control de Garantías. Sin embargo, el derecho fundamental en cuestión no es absoluto, así que puede ser limitado cuando medie la preservación del interés general por razones legítimas y justificadas constitucionalmente.

BUSQUEDA SELECTIVA EN BASE DE DATOS: Conceptos y definiciones. i) Base de datos entendido como: “una recopilación organizada de información o

datos estructurados, que normalmente se almacena de forma electrónica en un sistema informático. Normalmente, una base de datos está controlada por un sistema de gestión de base de datos (DBMS).” ii) Sábana de llamadas: “La sábana de mensajes de texto SMS de una línea celular es una sábana similar a la de las llamadas telefónicas, que se envía como una tabla de números entrante, saliente, fecha, hora y contenido del mensaje.” iii) Información de ubicación: “Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, siempre que así se requiera para efectos propios de la interceptación de comunicaciones, deberán suministrar a la Fiscalía General de la Nación, a través de los organismos con funciones permanentes de policía judicial, la información específica contenida en su base de datos, tal como sectores, coordenadas geográficas y potencia, entre otras, que contribuya a determinar la ubicación geográfica de los equipos terminales o dispositivos que intervienen en la comunicación esta información deberá suministrarse en línea o en tiempo real en los casos que se requiera.” iv) Análisis link: “Es una potente herramienta que permite recopilar y visualizar datos de distintas fuentes al mismo tiempo. La información se puede observar gráficamente, las imágenes son basadas en coincidencias estadísticas de datos repetidos que marcan o evidencian las entidades que pueden ser (personas, procesos, e infraestructuras) más relevantes dentro de una investigación.” v) Célula o Celda: “Es el área que cubre un transmisor o una colección de transmisores. El tamaño de las celdas estará determinado por la potencia del transmisor y restricciones naturales y/o artificiales impuestas por cada sector a cubrir. La forma de las celdas puede ser cualquiera, pero se elige la forma hexagonal para una mejor descripción del sistema de celdas,

ya que tiene mayor área de cobertura.” Vi) Georreferenciación: “El término alude al posicionamiento espacial de un cuerpo a un sistema de coordenadas y a datos específicos”. **BÚSQUEDA SELECTIVA DE DATOS: Contenido.** La búsqueda selectiva de datos se inserta dentro del ámbito de operatividad del derecho al hábeas data, que recae sobre sistemas de acopio de información que se articulan a los llamados bancos de datos o centrales de información. Temática que hace relación a: “un programa residente de memoria, que se encarga de gestionar todo el tratamiento de entrada, salida, protección y elaboración de la información que se almacena”. En esencia, toda solicitud relacionada con la ubicación de datos de acuerdo con los conceptos técnicos previstos, hacen relación a: número telefónico del emisor, número telefónico del receptor, ID celda inicial de la llamada, radio de cobertura de la celda o célula coordenadas de la celda o células, tiempo de arribo, ID antena y duración de la llamada. **GEORREFERENCIACIÓN DE LOS DISPOSITIVOS MÓVILES PERSONALES: Idoneidad de la prueba.** Si bien los dispositivos móviles de los uniformados son de uso personal, son elementos materiales de prueba a partir de los cuales puede establecerse la ubicación de su usuario, sin indicar que se esté autorizando la incautación del elemento o un examen al software de los mismos para extraer información distinta a la que solicitaría un fiscal en una investigación, simplemente lo que se pretende es obtener información de las empresas operadoras del servicio registrado en el dispositivo móvil del implicado, la cual resulta conducente, pertinente y útil en una investigación. **RAD. 110016640403202200002, 27-SEP-2022 - ABANDONO DEL PUESTO - APELACIÓN CONTROL PREVIO DE BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS - MP. TC.**

JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO. CONFIRMA.

5. DEL CENTINELA: Descripción típica. Características. El tipo penal del Centinela se encuentra enlistado en el artículo 112 de la Ley 1407 de 2010 dentro de los delitos contra el Servicio. Este delito admite únicamente la modalidad dolosa, es catalogado como de mera conducta en tanto refiere un comportamiento sin que se exija la concreción de un daño concreto cuantificable materialmente, además, se encuentra clasificado como de peligro abstracto bajo el entendido que protege al bien jurídico del Servicio ante un riesgo eventual o hipotético de afectación. El citado delito de contenido institucional en cuanto a su estructura se clasifica como un tipo penal compuesto, toda vez que su descripción típica contiene varias modalidades conductuales que de darse individual o conjuntamente lo pueden configurar; en otras palabras, al definir la conducta punible el legislador describió una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría conformar un tipo distinto, aunque referido a un mismo bien jurídico; puesto que incluye varios verbos rectores como dormir, embriagarse, ponerse bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, faltar a las consignas, separarse del puesto o dejarse relevar por quien no está legítimamente autorizado. **ATIPICIDAD SUBJETIVA: Configuración.** La atipicidad subjetiva se agota cuando a pesar de haberse materializado el aspecto objetivo del delito, no se obra con el conocimiento y la voluntad necesarios que exige el tipo penal de contenido eminentemente doloso, circunstancia que acontece ante los eventos en que se presenta algunas de las denominadas causales de ausencia de responsabilidad, por a) fuerza irresistible, que corresponde a la fuerza mayor (vis absoluta); b) caso fortuito); c)

movimientos o actos reflejos; d) estados de plena inconsciencia y ;e) error de tipo, entre otras. **FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO: Diferencias.** La fuerza mayor y el caso fortuito, conforme a las previsiones de la Ley 95 de 1890, artículo 1º -norma que aún se encuentra vigente, los define como un suceso idéntico, análogo, similar y equivalente; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia en materia penal los trata como dos fenómenos diferentes dado 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 anulan la voluntad de la persona, lo cual conlleva a predicar en el plano jurídico la atipicidad de la conducta por ausencia del aspecto subjetivo. 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). **FUERZA MAYOR: Alcance.** Prevista como causal de ausencia de responsabilidad en el numeral 1º del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, generada por un suceso extraño a la voluntad del individuo, bien por efectos de la naturaleza, como un terremoto, un vendaval, un naufragio solo por citar los ejemplos que trae la definición legal (Ley 95 de 1890) o por actos de otra persona, como los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. Conforme a la misma preceptiva, sucesos que, en cuanto irresistibles, en el plano puramente naturalístico tienen la virtualidad de anular el control de la voluntad de una persona, por lo cual se constituye en ausencia de acción, circunstancia que necesariamente rompe la relación - o vínculo - causal entre la acción y el

resultado. **DEL CENTINELA: Separación del puesto puede ser física o funcional.** La separación del puesto del Centinela puede darse no solo de manera espacio-temporal, es decir, cuando el agente decide desplazarse sin justificación fuera del lugar asignado para el servicio o del perímetro establecido para cumplir la función, sino, también, cuando el uniformado investido de la condición de centinela apostata de la función de vigilancia y seguridad para desarrollar actividades distintas que le impidan cumplir con la tarea de vigilancia y seguridad impuesta aunque permanezca de manera física en el lugar asignado, como cuando se embriaga o se duerme. La separación del puesto del centinela también puede corresponder a la mera dimisión de funciones, sin que ello implique la separación física del lugar de función, circunstancia a partir de la cual se pueden considerar las hipótesis que contiene el tipo penal en relación con dormirse, embriagarse, ponerse bajo los efectos de sustancias estupefacientes o faltar a las consignas especiales que haya recibido, presupuestos que pueden llegar a agotarse sin que sea necesario que el sujeto activo se separe materialmente del lugar asignado, pues bastaría con constatar que se sustrajo de cumplir la función de seguridad del personal e instalaciones encomendada durante el turno respectivo. Así mismo, la dejación de funciones también se puede corroborar a partir del incumplimiento del reglamento que las contiene. Reseña legal. **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJEJCIÓN DE LA PENA.** Improcedencia. Para los delitos que atenten contra el bien Jurídico del Servicio. Por expresa prohibición del artículo 63 de la Ley 1407 de 2010 no es viable la concesión de este subrogado penal, por cuanto de la misma ley se entiende que la pena intramural resulta necesaria ante la comisión de

conductas que transgreden el bien jurídico del Servicio **RAD.159259, 19-SEP-22 - DEL CENTINELA - APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA – MP. CR. (R) WILSON FIGUEROA GÓMEZ. CONFIRMA.**

6. HOMICIDIO CULPOSO. Dosificación punitiva. El quantum punitivo en abstracto del punible homicidio culposo, oscila conforme lo preceptúa el Código Penal de dos (02) a seis (06) años de prisión y multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes y, asimismo, que la tasación de la pena a imponer en concreto habría de realizarse conforme las reglas de dosimetría punitiva reguladas el Estatuto Punitivo Castrense de 2010, determinándose al efecto el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo, esto de manera tal que el sentenciador ha de moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva; dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva. Así, el primer cuarto medio de movilidad parte de treinta y seis (36) meses y un (01) día hasta cuarenta y ocho (48) meses de prisión; el segundo cuarto medio de movilidad a partir de cuarenta y ocho (48) meses de pena restrictiva de la libertad y un (01) día y hasta sesenta (60 meses) de la misma, y el cuarto final de movilidad a partir de los sesenta (60 meses) y un (01) día hasta setenta y dos (72) meses de la misma pena. Respecto de la penas de multa y de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, deben aplicarse los mismos parámetros dosimétricos de la pena de prisión y por tanto en tratándose

de la multa los cuartos de movilidad punitiva quedan de la siguiente manera: el cuarto mínimo entre veinte (20) y cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV); el primer cuarto medio entre cuarenta punto uno (40.1) SMLMV y sesenta (60) SMLMV; el segundo cuarto medio entre sesenta punto uno (60.1) SMLMV y ochenta (80) SMLMV, y el cuarto máximo entre ochenta punto uno (80.1) SMLMV y cien (100) SMLMV. En cuanto a la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, misma que oscila entre tres (03) y cinco (05) años al tenor del canon 109 de la Ley 599 de 2000, conduce a que los cuartos de movilidad punitiva se escindan así: el cuarto mínimo entre treinta y seis (36) y cuarenta y dos (42) meses; el primer cuarto medio entre cuarenta y dos punto uno (42.1) y cuarenta y ocho (48) meses; el segundo cuarto medio entre cuarenta y ocho punto uno (48.1) y cincuenta y cuatro (54) meses, y el cuarto máximo entre cincuenta y cuatro punto uno (54.1) y sesenta (60) meses. **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA: Alcance.** Reseña jurisprudencial. **MULTA: En materia penal.** En materia penal la multa corresponde a una sanción que se materializa en dinero y que se impone por el Estado al ciudadano cuando se le halla penalmente responsable de la comisión de una conducta ilícita. Es por ello que esta sanción no se considera como una deuda en términos de las obligaciones civiles en donde subyace la voluntad de las partes y la celebración de un negocio jurídico, toda vez que es prevista por el legislador como la respuesta estatal a la realización injustificada de una conducta punible y no responde a criterios transaccionales, ni obligacionales, ni contractuales, por lo cual su exigencia se despliega en el ámbito de un juicio criminal, debiéndose relieves que es precisamente ese talante, el de

pena, el que conlleva a que la legislación castrense permita en aquellos eventos en que es impuesta como pena principal y única, su conversión en arresto en casos de incumplimiento en su pago, sin que ello signifique la transgresión del principio constitucional que prohíbe arresto por deudas. **PENA DE MULTA: Tipos.** El artículo 39.1 del Código Penal, norma aplicable al rito penal militar por vía de integración, enlista dos tipos de multa con alcances diferentes: i) aquella que se impone como acompañante a la pena de prisión, en cuyo caso, cada tipo penal consagrará su monto, y ii) la que se inflige como única sanción principal, que se denomina modalidad progresiva de unidad de multa. Reseña jurisprudencial. **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. Supresión de la Obligatoriedad del pago total de la multa. Recuento jurisprudencial y normativo.** El original artículo 63 de la Ley 599 de 2000 fue adicionado mediante el artículo 4º de la Ley 890 de 2004 que estableció, respecto a la suspensión condicional de la ejecución de la condena, que *“Su concesión estará supeditada al pago total de la multa.”*, resultando ello convergente con lo estatuido por el artículo 474 del Código de Procedimiento Penal en su inciso segundo determina que *“Si se ha impuesto pena accesoria de multa, su pago es requisito imprescindible para poder otorgar la condena de ejecución condicional, salvo las excepciones de Ley”*, esto en idénticos términos a lo establecido en el Digesto Penal Militar de 2010 en punto a la concesión de la libertad condicional y en similares respecto del mismo subrogado. La exigencia del pago de la multa para acceder a los mecanismos sustitutivos, subrogados y otros beneficios relativos a la pena privativa de la libertad fue objeto de varios exámenes constitucionales, es así como a través de la sentencia C-194/05, se declaró la

exequibilidad de los artículos 4º y 5º de la Ley 890 de 2004, aditivos de los artojos 63 y 64 del Código Penal, en el sentido que en tratándose de los antes citados subrogados penales la expresión *“En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa”* y, asimismo, por vía de la sentencia C-665/05 que declaró igualmente exequibles las expresiones *“su pago es requisito imprescindible para poder otorgar la libertad condicional”* y *“su pago es requisito imprescindible para poder otorgar la condena de ejecución condicional”* contenidas, respectivamente, en los incisos segundos de los artículos 471 y 474 de la Ley 906 de 2004, acotándose que posteriormente, en la sentencia C-823/05 el órgano guardián de la Carta Política abordó, aunque desde una perspectiva distinta, el asunto relativo a la exigencia del pago de la multa para acceder a la libertad condicional y a la suspensión condicional de la ejecución de la pena establecida tanto en Código Penal como en la Ley 906 de 2004, ordenándose estarse a lo resuelto en las precedentes decisiones por cuanto no se avizoraba un tratamiento discriminatorio que vulnerara el principio de igualdad como claramente se desprendía de lo elucidado en las sentencias C-194 y C-665 de 2005. Algo similar aconteció en la sentencia C-185/11 en la cual -amén de reiterar que las facilidades que dispone la legislación penal para la cancelación de la multa son aplicables en toda su extensión y posibilidades a la que aparece como única pena principal y no a la multa como pena acompañante de la prisión, que es la pertinente en tratándose de la exigencia de pago para el otorgamiento de la libertad condicional y la suspensión condicional de la ejecución de la pena y que por manera alguna puede tasarse por debajo del mínimo de su monto legal por cuestiones atinentes a la situación subjetiva del condenado- se analizó la

constitucionalidad de la norma que exigía el pago de esa multa accesoria como requisito para acceder a la vigilancia electrónica como sustitutiva de la prisión y se estimó contraria a la Constitución la situación de un condenado que cumple con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos para acceder a ella y se le niega su otorgamiento porque no cuenta con los recursos económicos para pagar la multa, aclarando, bajo el entendido que el examen constitucional se hacía respecto de aquella norma, que una cosa es encontrar razonable y coherente con el sentido de la penas en materia penal, que la multa se deba pagar, tal como resulta ineludible cumplir con cualquier pena impuesta por el juez penal, y otra cosa es que no sea igualmente razonable y coherente hacer dicha exigencia cuando se trata de acceder a una prerrogativa que implica la salida del centro penitenciario para cumplir la privación de libertad en condiciones alternativas a la cárcel. Años después, mediante el artículo 3º de la Ley 1709 de 2014, se modificó el artículo 4º de la Ley 65 de 1993, disponiendo que “En ningún caso el goce efectivo del derecho a la libertad, a la aplicación de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad o a cualquier otro beneficio judicial o administrativo podrá estar condicionado al pago de la multa.”. En igual sentido, el artículo 63 del Código Penal fue modificado por el artículo 29 de la citada Ley 1709 de 2014, sin que allí se hiciera ahora la exigencia del pago efectivo de la multa para el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la condena que otrora impusiera el artículo 4º de la Ley 890 de 2004 que en su momento adicionó el citado artículo 63. **LEY 1407 DE 2010: Especialidad y principio de favorabilidad.** El código castrense contiene procedimientos diferentes a los previstos en el ordinario, autoridades

propias encargadas de investigar y juzgar aquellos delitos y establecimientos penitenciarios y carcelarios especiales para el cumplimiento de las respectivas condenas, hallando ello justificación dados los específicos deberes y responsabilidades que les son impuestas a los miembros de la Fuerza Pública, a quienes se les asigna una función especial, exclusiva y excluyente, lo cual los hace sujetos de unas reglas propias de la actividad militar y/o policial, que por naturaleza son opuestas a las aplicables a quienes ostentan la condición de ciudadanos civiles, razones por las cuales el órgano plural cancerbero de la indemnidad de la Carta Axiológica Colombiana ha apuntalado que “el Código Penal Militar contiene un régimen completo, tanto sustantivo como procesal, que debe respetar y desarrollar los principios y valores constitucionales, y además, estar acorde con los mismos principios y valores que se aplican para el régimen penal ordinario. Por ello, las diferencias existentes deben estar debidamente justificadas”. Asimismo, ha acrisolado que la diferencia de trato no resulta discriminatoria, sino acorde a la necesidad de tratar de manera diferente a grupos desiguales. Lo previamente averado no obsta, para que el Tribunal Castrense, dado su innegable papel en sede de control constitucional y legal, señale que si bien es cierto que el legislador tiene competencia para mantener en el ordenamiento las leyes hasta el momento en que encuentra conveniente derogarlas, modificarlas o subrogarlas, no menos cierto resulta que ello no obsta para que en determinadas materias objeto de regulación legal, con total ajenidad a la naturaleza sustantiva o procesal de las normas en que ello se hace, se dé aplicación al denominado principio de favorabilidad ante la dispensa de desigual tratamiento de Derecho a un

mismo supuesto fáctico en normas que coexisten, mismo que se erige en cabal excepción al principio de legalidad penal, se halla consagrado como norma rectora que forma parte integral del debido proceso penal y se contempla como derecho fundamental de aplicación inmediata en el artículo 8º del Codex castrense de 2010 en los siguientes términos *“En materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que estén condenados.”*. Principio que, dada la amplitud que perfila el legislador en la aplicación de la ley permisiva (*“sin excepción”*, dice el precepto), implica que haya de entenderse por *“ley”* la norma o precepto que por regular jurídicamente un comportamiento, materia, problema o institución determinada, logra su propia individualización y tiene su particular ámbito de aplicación, sin importar en el concepto el grado de relación entre la norma permisiva y la restrictiva, porque éste se encuentra supeditado a la ontología de estas. Reseña jurisprudencial.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. Pago total de la Multa. Principio de favorabilidad.

La aplicación de una norma más beneficiosa para la situación del procesado de preferencia a otra, es en principio llamada a regir el asunto o institución jurídica, que resulta menos favorable, por ello es procedente en la jurisdicción castrense aplicar, en lo tocante a la exigencia del pago total de la multa como requisito para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, lo preceptuado por el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 de manera privilegiada frente a lo normado por el artículo 63 de la Ley 1407 de 2010, ello en tanto palmar se trata de la legal regulación de supuestos de hecho similares pero que reciben en dichos

estatutos coexistentes soluciones de derecho diferentes, procedencia aquella con la que se materializa la prerrogativa de las personas sometidas a un proceso penal de que se les aplique las disposiciones que resulten menos gravosas frente a las que aparejan una mayor restricción de derechos fundamentales, lo que de suyo comporta el ejercicio de la potestad punitiva estatal, y ello resulta plausible, por un lado, porque haciendo eco de la doctrina *“la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas.”*. Reseña jurisprudencial. **RAD. 158853 - 23-SEP-22 - HOMICIDIO CULPOSO - APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA – MP. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA. CONFIRMA PARCIALMENTE.**

II. PRONUNCIAMIENTO RELEVANTE CORTE CONSTITUCIONAL

Auto 989/22. Expediente **CJU 100/22**¹. La Sala Plena de la Corte Constitucional al resolver un conflicto positivo de competencia entre la jurisdicción penal militar y policial y la ordinaria, reiteró que, ante dudas sobre el vínculo directo del delito con el servicio, requisito que la Constitución exige para que tenga aplicación el fuero penal militar, resulta imperativa la aplicación de la regla general de competencia de la jurisdicción ordinaria, porque el fuero penal militar consagrado en el artículo 221 superior solo procede excepcionalmente cuando haya certeza sobre los elementos que lo constituyen. Por lo que declaró que en el caso analizado el conocimiento del proceso por los delitos de homicidio y lesiones personales es competencia de la jurisdicción ordinaria representada en este caso por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Tumaco. En el siguiente sentido fue el pronunciamiento:

“Presupuestos para la configuración de un conflicto entre jurisdicciones.

22. Esta Corporación ha señalado que los conflictos de competencia entre jurisdicciones se presentan cuando “dos o más autoridades que administran justicia y pertenecen a distintas jurisdicciones se disputan el conocimiento de un proceso,

bien sea porque estiman que a ninguna le corresponde (negativo), o porque consideran que es de su exclusiva incumbencia (positivo)”.

*23. La Corte Constitucional, de forma reiterada, ha considerado que para que se configure un conflicto de competencia entre jurisdicciones es necesario que se den los presupuestos subjetivos, objetivo y normativo, entendiendo que: (i) **El presupuesto subjetivo** exige que la controversia sea suscitada por, al menos, dos autoridades que administren justicia y pertenezcan a diferentes jurisdicciones. (ii) **El presupuesto objetivo** requiere la existencia de una causa judicial sobre la que se suscite la controversia, es decir, que pueda verificarse que está en desarrollo un proceso, un incidente o cualquier otro trámite de naturaleza jurisdiccional. (iii) **El presupuesto normativo** precisa 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 del asunto concreto.*

El fuero penal militar y la competencia de la justicia penal militar y policial. Reiteración de la jurisprudencia.

¹ Sala Plena Corte Constitucional. Expediente Digital 2693 Caso Tandil Conflicto de jurisdicción CJU-100-2022. MP. JOSE ANTONIO LIZARAZO OCAMPO.

24. La Constitución establece que, como regla general, las autoridades judiciales que conforman la jurisdicción ordinaria, en su especialidad penal, son los jueces naturales para sancionar a quienes cometen una conducta punible. Sin embargo, también dispone en el artículo 221 que “de las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

25. La Corte ha reconocido que el fuero penal militar encuentra pleno respaldo constitucional, en tanto excepción a la regla de competencia para investigar, juzgar y sancionar delitos, siendo su campo de acción limitado y restringido. El fuero, a la luz de la jurisprudencia constitucional, solo puede justificarse en atención a circunstancias concretas y particularísimas, mas no a partir de formulaciones abstractas, pues ello implicaría un trato desigual inaceptable frente a los demás ciudadanos. La configuración del fuero, en suma, es absolutamente excepcional y restringida, de ahí que este tribunal 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.

26. En tal sentido, la Corte ha sostenido que los delitos que se investigan juzgan y 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 insistido en que ante tal jurisdicción solo 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 activo), la configuración del fuero requiere de la concurrencia de un **elemento funcional**, esto es, que el delito cometido tenga relación con el mismo servicio. En ese orden, 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”

27. Así las cosas, se ha considerado que el fuero penal militar está integrado en esencia por dos elementos, a saber: (i) Un **elemento subjetivo**, que consiste en la calidad de miembro de la fuerza pública en servicio activo, es decir, de las fuerzas militares (el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea) o de la Policía Nacional, del presunto responsable de la conducta punible objeto de investigación y juzgamiento. (ii) Un **elemento funcional**, que consiste en la relación de los delitos con el servicio o las funciones de la fuerza pública, consagradas en los artículos 217 y 218 de la Constitución, en virtud de los cuales “[l]as Fuerzas Militares [tienen] como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional” (art. 217 C.P.); y la Policía Nacional tiene por fin primordial “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz” (art. 218 C.P.).

28. Entonces, para llegar a la conclusión de que el hecho punible ocurrió en relación con el servicio, es necesario tener en cuenta que debe existir un vínculo claro de origen entre el miembro de la fuerza pública y la actividad del servicio, esto es, "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". Pero más aún, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, esto significa que el exceso o extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que, en sí misma, constituye un desarrollo legítimo de los cometidos de la fuerza pública. De modo que tal vínculo se disuelve en el evento en que, desde el principio, 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".

29. El referido elemento funcional hace 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.

30. La Sala Plena de este tribunal 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. En ese orden, **solo si a partir del material probatorio no existe asomo de 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.

31. 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". En síntesis, señaló que 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".

32. Adicionalmente, se destaca que la jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura también fue pacífica al sostener que, a efectos de reconocer la configuración del fuero penal militar, es indispensable constatar que las conductas delictivas cometidas por los miembros de la fuerza pública tengan una estrecha y próxima relación con el servicio, análisis que no puede perder de vista el carácter excepcional y restringido de esta institución. En este sentido, dicho órgano fue claro al precisar que el concepto de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, "que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública".

Por tal razón, no toda conducta cometida por un miembro de la fuerza pública puede quedar comprendida dentro del ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar y policial, pues existen ilícitos que, aun cuando tienen lugar con ocasión del servicio, desdibujan y socavan completamente la actividad militar, al

punto que quiebran cualquier nexo con los actos propios del mismo.

33. Respecto a escenarios de duda, más recientemente, de un lado, este tribunal en la Sentencia SU-190 de 2021 reiteró que "resulta particularmente claro de la jurisprudencia de la Corte que el ejercicio de la Jurisdicción Penal Militar implica que esté debidamente demostrado, no solo que el presunto autor es miembro activo de la Fuerza Pública. Debe estar inequívocamente probada, en grado de certeza, la relación directa, inmediata y estrecha de la conducta investigada con el servicio. Como se ha observado, de surgir dudas sobre si las circunstancias de hecho en las cuales tuvo lugar el delito y, por lo tanto, sobre si consiste, o no, en un acto del servicio, ellas deben ser resueltas mediante la asignación de la competencia para su conocimiento a la Jurisdicción Ordinaria".

35. En igual sentido, en el Auto 496 de 2021 esta corporación precisó que "de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la Justicia Penal Militar solo conocerá de aquellos casos en los que se determine claramente que el delito cometido tiene relación con el servicio militar o policivo. En caso de duda, deberá aplicarse la regla general de competencia, motivo por el cual la investigación deberá adelantarse en la justicia ordinaria".

36. En resumen, la justicia penal militar solo es competente para investigar, juzgar y sancionar "las conductas punibles en las que nítidamente se configuren los elementos subjetivo y funcional que componen el fuero". Entendiendo que el elemento subjetivo requiere que el delito sea cometido por un miembro de la fuerza pública mientras se encuentra en servicio activo, y que el elemento funcional exige que la conducta punible se encuentre

relacionada directa, inmediata y estrechamente con las facultades asignadas por la Constitución y la ley a las fuerzas militares o policiales, esto es, vinculadas íntimamente con la misión institucional. De forma tal que en caso de duda acerca de la verdadera relación de la conducta punible con el cumplimiento legítimo del servicio, la competencia para conocer el proceso penal deberá recaer en la jurisdicción ordinaria, en su especialidad penal”.

(Negrillas originales). Proveído informativo **CJU-100** Conflicto jurisdicciones del 14-JUL-2022.

II. PRONUNCIAMIENTO RELEVANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SP2879-2022 (RAD. 58685) del 10 de agosto 2022². La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa de ROC, contra la sentencia que confirmó la decisión condenatoria proferida. En esta oportunidad, la Corte no casó la sentencia, al encontrar que, conforme a la postura jurisprudencial de la Corporación, el punible de fraude procesal finaliza cuando los efectos del engaño cesan; es decir, mientras dura el estado de ilicitud, razón por la que, en este asunto, resultaba aplicable el artículo 11 de la Ley 890 de 2004, y, en consecuencia, no se configuró la prescripción de la acción penal.

“DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE: Favorabilidad: *En tratándose de la vigencia de varias disposiciones legales. «Desde el fallo CSJ SP, 25 Ag. 2010, rad. 31407, la Corte, en ejercicio de la función de unificación de la jurisprudencia, precisó que «cuando se trata de delitos permanentes iniciados en vigencia de una ley benévola pero que continúa cometiéndose bajo la égida de una ley posterior más gravosa, es ésta última la normativa aplicable, pues en tal caso no se dan los presupuestos para acoger el principio de favorabilidad, sino que opera la regla general, esto es, la ley rige para los hechos cometidos durante su vigencia».* [...].

² Corte Suprema de Justicia – MP. Hugo Quintero Bernate

DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE - Tránsito legislativo: Se debe elegir el ordenamiento jurídico que haya regido hasta el último acto de consumación y que establezca la sanción de mayor gravedad.

“De ese modo, la posición pacífica y vigente de la Sala enseña que, de las varias normatividades susceptibles de haber operado durante el lapso en que se desarrolló el delito permanente, se aplica la última de ellas. En concordancia con las precisiones expuestas en el referido fallo, y con el fin de garantizar la coherencia frente a las consecuencias de tal razonamiento, la Sala considera pertinente señalar que ese reconocimiento del Fraude procesal como delito de carácter permanente implica también sostener que la prescripción de la acción penal para esta clase de delitos inicia su conteo desde la fecha en la cual cesan los efectos del acto que indujo en error al servidor público. [...]

FRAUDE PROCESAL - Delito de conducta permanente: **PRESCRIPCIÓN:** Término de prescripción: Se cuenta a partir de la cesación de efectos de su último acto - Delito de mera conducta. **FRAUDE PROCESAL** - Término de prescripción: Lo relevante es la consumación, no el agotamiento de la conducta. El delito de Fraude procesal es de mera conducta y también de conducta permanente, esto por cuanto se consume con la inducción en el error provocada al servidor público (descartando con ello que se trate de un delito “de resultado” que admite el grado de tentativa, impensable en el ordenamiento colombiano para el Fraude procesal), y la agresión al bien jurídicamente tutelado persiste en el tiempo hasta cuando el funcionario salga del error en el que fue inducido.

FRAUDE PROCESAL - Término de prescripción: Lo relevante es la

consumación, no el agotamiento de la conducta. Es por ello que, para descartar contradicciones jurídicas, debe establecerse que en el delito de Fraude procesal se debe imponer, en eventos de tránsito legislativo, la pena establecida en la normatividad en la cual el delito se sigue ejecutando (en este caso la pena que consagró el artículo 11 de la Ley 890 de 2004), y que la prescripción inicia su conteo desde que desaparezcan los efectos jurídicos de la inducción en el error al servidor público, y a la sociedad en general por cuanto el certificado de libertad y tradición de un bien inmueble es el oponible a terceros. El artículo 453 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004, dispone que el Fraude procesal comporta una pena máxima de doce años, razón por la cual, si la resolución de acusación surtió ejecutoria el 3 de febrero de 2017, en la etapa investigativa apenas si transcurrieron un poco menos de ocho meses del término prescriptivo, situación que obliga a negar la ocurrencia de este fenómeno. Escenario que no cambia en la fase de juzgamiento, toda vez que la mitad de la pena (seis -6- años) contabilizada a partir de la ejecutoria del pliego acusatorio (artículos 83 y 86 del Estatuto Punitivo), se cumpliría el 3 de febrero de 2023.

A partir de considerar que en el caso concreto resultaba aplicable el artículo 11 de la Ley 890 de 2004, conforme a la postura jurisprudencial acabada de memorar, y de acoger el criterio de la Corte que explica que el punible de Fraude procesal finaliza cuando los efectos del engaño cesan, vale decir, mientras dura el estado de ilicitud [...]

ERRORES DE HECHO – Modalidades - Técnica en casación. **DENUNCIA** - Carácter informativo. **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA:** Por omisión: no se configura cuando el juzgador no enuncia la

prueba, pero la valora. **FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO** - Creación y uso: Coautoría. «Tal como lo refirió el Tribunal, el argumento de la defensa en la alzada y ahora en sede extraordinaria, se limitó a una simple manifestación que dejó en orfandad probatoria, pues las pruebas practicadas permiten concluir no sólo que la acusada falseó el anunciado mandato, sino que, además, se comunicó con su prima LCDB, a quien instrumentalizó al otorgarle el poder de vender el derecho de GLOC. Y le hizo creer que esta le encomendó realizar la transferencia de la cuota parte que tenía sobre el bien inmueble. [...]

Así las cosas, la intervención ante esta sede solo evidencia la inconformidad del demandante frente a la apreciación de la judicatura, pues considera que el conjunto probatorio permitía llegar a un juicio negativo de responsabilidad penal a favor de ROC, en contraposición a lo concluido por los jueces unipersonal y plural, quienes afirmaron la materialidad de la conducta punible objeto de acusación y la responsabilidad en ella de la procesada.

Por otra parte, constituye un contrasentido mencionar que el dictamen pericial de 2011 fue «dejado de apreciar» y, a renglón seguido, afirmar que fue tergiversación, puesto que ello implica necesariamente que fue valorado por parte del juzgador. Además, nuevamente transgrede el principio de corrección material, habida cuenta que la prueba presuntamente omitida sí fue objeto de estudio por parte del fallador de primer nivel -el cual forma unidad decisoria con el de segundo grado, pero no en la forma pretendida por el recurrente. [...]

Aunado a ello, si bien el Tribunal no mencionó específicamente la declaración de OOC, sí se refirió al aspecto echado de menos por el recurrente, esto es, que entre

GL y ROC existían discordias. Por demás, el fallo de primera instancia, que forma unidad decisoria con el de segundo grado, sí aludió a ella.

Por ende, conforme a la jurisprudencia de la Sala, se reitera que no se incurre en falso juicio de existencia por preterición cuando, a pesar de no mencionar de expresa alguna o varias pruebas, el sentenciador asume el análisis del aspecto o aspectos cuya omisión se plantea, dándoles el mérito suasorio que estima pertinente, carga cumplida en el caso concreto. [...]

El alegato del actor se redujo a que del plenario no se advertía prueba directa que incriminara a la procesada, como quiera que no se demostró que ella hubiese adulterado el poder «base del montaje, ardid, artificio o artimaña» o que exhibiera la escritura pública ante la oficina de registro correspondiente.

A propósito de la discusión traída a colación por el recurrente, referida a no existir prueba de que la enjuiciada, en el poder, falsificara la huella o la firma de su hermana GL, recuérdese que para la estructuración de la conducta delictiva de falsedad no se requiere que la creación del instrumento apócrifo y su uso relevante con fines probatorios sean efectuados por la misma persona, pues, bien puede ocurrir que un autor altere la verdad y otro emplee el respectivo documento para los fines perseguidos, respondiendo los dos por el resultado finalmente concretado, gracias a su obrar mancomunado (Cfr. CSJ SP, 16 oct. 2013, rad. 39257).” [...]

(subrayado y negrita fuera de texto).
Proveído completo. **SP2879-2022 (58685) del 10 de agosto 2022.**



Martha Flor Lozano Bernal

Relatora

Miguel Ángel Medina Moreno

Judicante

relatoriatribunalipm@justiciamilitar.gov.co

Tel: 60(1) 3150111 Ext 42006(corregir)

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