



La seguridad
es de todos

Mindefensa



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

**BOLETÍN
JURISPRUDENCIAL Y OTROS ASUNTOS
DE INTERÉS PARA LA J.P.M.P**

El contenido de este boletín son extractos informativos de las providencias emitidas por esta Corporación. Se recomienda revisar directamente las providencias en la Página Web: <https://www.justiciamilitar.gov.co>

I. PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL NOVIEMBRE 2022

1. PRUEBA PARA CONDENAR: Apreciación y valoración que conducen a la certeza o al estado de duda. Para condenar se requiere que de la apreciación en conjunto de las pruebas sea posible arribar a la certeza racional sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del procesado. La noción de certeza requerida para condenar debe ser objetiva, la que se ha concebido como un conocimiento seguro, claro y evidente de las cosas; a contrario, de no existir ese nivel de discernimiento, de convicción, lo que opera es el surgimiento de la duda en favor del procesado. La tradición jurídica impone al juzgador el deber de resolver las dudas existentes en beneficio del sujeto pasivo de la acción penal, sin embargo, tal mandato es condicionado, toda vez que ello debe hacerse, siempre y cuando la incertidumbre sea insalvable, esto es, que no haya modo de eliminarla, tal como lo establece el artículo 209 de la Ley 522 de 1999 y se infiere del artículo 178 de la Ley 1407 de 2010, dejando claro que aunque esta última codificación no regló ese condicionamiento, en modo alguno comporta que el mismo no sea aplicable. Por el contrario, esa carga deriva incontestablemente de los mandatos superiores que el juez imparta justicia, lo que le exige que encamine su actividad a establecer la verdad de los hechos, en tanto sólo así hay lugar a un fallo equitativo, dándole a cada quien lo que le corresponde. Bajo tal entendimiento es que si el juzgador cuenta con oportunidades y elementos para dilucidar la incertidumbre debe aprovecharlas, pues, en últimas, la

absolución por duda en estricto sentido no equivale a justicia, dado que ello impide conocer lo realmente acaecido y, por tanto, únicamente debe ser aplicada como remedio extremo, último, en la medida que ni la víctima ni el procesado pueden quedar plenamente satisfechos, ya que la declaración así hecha no se fundamenta en la certeza, en la plena convicción. En suma, la duda como fundamento de la absolución es admisible única y exclusivamente cuando al juez le es imposible dilucidar probatoriamente lo realmente acaecido, siendo en consecuencia importante resaltar que tal exoneración de responsabilidad -el Estado no pudo probarla- no equivale, en sentido estricto, a la declaración de inocencia. Reseña jurisprudencial. **PRINCIPIO DE DUDA EN FAVOR DEL PROCESADO: Criterio para su argumentación.** Es factible pregonar este principio cuando, de una parte, la actividad probatoria demuestra la ocurrencia de los sucesos y el eventual compromiso del sindicado en los mismos, pero de otro lado, existen pruebas que pueden llegar a desvirtuarlo. El yerro, en consecuencia, se da cuando el *A quo* fundamenta el argumento de absolución en criterios subjetivos, al reconocer valor suasorio al dicho de los sujetos procesales, a partir de criterios personales, esto es, acoge, para arribar a la conclusión de duda a la que llega, un fundamento que adopta como empírico, pero que no está soportado en pruebas. **IN DUBIO PRO REO: Aplicabilidad.** Cuando al valorar las pruebas legalmente recolectadas encuentra que con igual peso persuasivo cuenta, de una parte, con

algunas que conducen a afirmar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del inculpaado, en tanto que, de otra, con pruebas que desvirtúan tales presupuestos, o la ausencia de éstos no practicadas siendo necesarias, protuberantes, e incluso obligadas a practicar, debiendo en consecuencia optar por elegir el camino favorable al procesado. **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:**

Alcance. A partir de la constitucionalización de la presunción de inocencia en el artículo 29 de la Carta Política de 1991, los alcances de esa institución procesal no pueden ser limitados por vía de interpretación, razón por la cual, en todos los casos, no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado, según la fórmula legal del Código Penal de 1999 (artículo 396). Sin embargo, para aplicarse el principio enunciado -duda a favor del sindicado- a partir de la presunción de inocencia, no basta que el procesado o el juez aleguen una causal de irresponsabilidad penal, sino que es menester que de un análisis serio y ponderado de los medios de prueba se pueda concluir la posible estructuración de una de ellas. Además ninguna providencia podrá fundarse en suposiciones ni en el conocimiento privado del juez, sino que es menester que las decisiones que contenga sean el producto de la valoración sopesada e imparcial de las pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación. Reseña jurisprudencial. **DESERCIÓN:**

Demostración de la tipicidad subjetiva. En el delito de deserción es necesario demostrar -dentro de la tipicidad subjetiva- que la conducta fue realizada con dolo. Esta modalidad conductual está conformada por dos componentes, el cognitivo-intelectivo, que exige tener

conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal y, el volitivo, que implica querer realizarlo; por tanto, actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización (CSJ AP1862-2016). Así entonces, debe diferenciarse entre el móvil de la criminalidad y el dolo como elemento dogmático del delito que, de acuerdo con el contenido del artículo 24 del Código Penal Militar de 2010 – modificado por el artículo 98 de la Ley 1765 de 2015-, se acredita al demostrarse que el sujeto agente tuvo conocimiento abstracto de la ilicitud de su proceder y se orienta libremente a ejecutarla, al margen de que obre prueba del motivo que lo determinó a actuar, porque el tipo penal de que se trata no exige finalidad especial, razón por la cual a partir de los factores demostrados, generalmente objetivos, debe deducirse la intención, dada la dificultad que existe para obtener pruebas directas sobre el aspecto subjetivo referido a la esfera intangible del ser humano, bastando en consecuencia tan sólo acreditar, se itera, que el sujeto agente haya tenido conocimiento que ejecutaba una conducta objetivamente ilícita y que se orientó con libertad a su ejecución. **DOLO: Ingrediente normativo determinante.** Para la determinación procesal del dolo se ha de partir del examen de las circunstancias externas que rodearon los hechos, ya que tanto la intencionalidad en afectar un bien jurídico (dolo) o la representación de un resultado ajeno al querido por el agente y su asunción al no hacer nada para evitarlo (culpa), al ser aspectos del fuero interno de la persona, se han de deducir de los elementos objetivos que arrojan las demás probanzas (CSJ SP3334-2016). La prueba del dolo se deduce por regla general de datos objetivos de los cuales se puede inferir que alguien incurrió voluntariamente en un injusto

pese a conocer la prohibición de realizarlo. Reseña jurisprudencial. **SENTENCIA: Contenido.** De acuerdo con lo establecido por el artículo 334 de la Ley 522 de 1999, los requisitos mínimos que debe tener en cuenta todo juez al momento de pronunciarse de fondo son los siguientes: "(...) 3. *Un resumen de los alegatos presentados por las partes con el correspondiente análisis valorativo.* 4. *Análisis y valoración jurídica de las pruebas que sirven de fundamento a la decisión.* 5. *Los fundamentos jurídicos de la imputación que se haga al procesado o a cada uno de los procesados.* 6. *Los fundamentos jurídicos del fallo absolutorio, en su caso. (...)*". **SANA CRÍTICA: Sistema de valoración y apreciación de la prueba.** Colombia ha adoptado este sistema de valoración, caracterizada por la ausencia de reglas abstractas de apreciación que exige una decisión sustentada en los elementos de convicción y la consecuente motivación sobre su mérito probatorio, conforme a las leyes de la ciencia, los principios de la lógica y las reglas de la experiencia. Bajo este método las pruebas deben ser apreciadas y valoradas en forma singular y luego en conjunto, es decir, de forma articulada con los demás elementos probatorios y evidencias allegados al proceso, permitiendo asignar a tales elementos de juicio un determinado mérito persuasivo, una específica fuerza demostrativa, para arribar a la verdad material en cada caso particular. Al realizar tal labor el juez no está exento de fallas o desaciertos, los que de producirse dan lugar a los denominados yerros en la valoración probatoria, que pueden generarse como consecuencia de: i) una omisión judicial, cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido; ii) por vía

de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, *verbi gratia*, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución, o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto y, iii) por desconocimiento de las reglas de la sana crítica. Estos defectos fácticos en la contemplación probatoria conllevan la vulneración sustancial del derecho al debido proceso, en tanto, como ya se dijo, el funcionario judicial niega, las valora arbitraria, irracional o caprichosamente, o bien pretermite su valoración para identificar la veracidad de los hechos analizados, y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente, dando lugar a la doctrinalmente llamada motivación sofística, aparente o falsa, entendida como aquella que no encuentra respaldo en la verdad probada a través del proceso. Se trata de un vicio *in iudicando* que se explica en tanto el operador de justicia supone o desconoce las pruebas al cercenar o adicionar su contenido demostrativo o al tergiversar lo que objetivamente señalan, apartándose de esta forma de la verdad probada y arribando a una conclusión jurídica diversa de la realmente correcta. **INVESTIGACIÓN INTEGRAL: Quebrantamiento del debido proceso.** El principio de investigación integral está previsto en el artículo 469 de la Ley 522 de 1999, consistente en una garantía que la ley reconoce en favor del procesado y que le impone al servidor judicial la obligación de decretar y practicar las pruebas que se ofrezcan razonablemente indispensables en orden a verificar las citas y las afirmaciones que en ejercicio de su derecho material de defensa realice el sindicado en

sus intervenciones procesales, así como disponer aquellas que solicita aquél y/o el defensor que lo asista, siempre que resulten conducentes y procedentes para demostrar el fundamento de sus explicaciones, tiendan a demostrar su inocencia o atenuar su responsabilidad penal. De esta manera cuando se reclama el quebrantamiento del principio de investigación integral, se debe indicar con suficiencia cuáles fueron los medios de convicción que se dejaron de practicar, su fuente, la pertinencia, conducencia, utilidad y trascendencia, lo cual necesariamente debe emanar de su confrontación lógica con el restante acervo probatorio recaudado, al punto de demostrar que de haberse practicado su sentido habría sido favorable al acusado, puesto que la no práctica de determinada diligencia no puede calificarse de entrada como desconocedora de ese principio, en tanto el funcionario judicial dentro de la órbita de sus atribuciones y conjugando los criterios de economía, celeridad y racionalidad, está facultado para decretar, bien de oficio, ora a petición de los sujetos procesales, solamente la práctica de las pruebas que sean de interés para la investigación, procurando siempre el mejor conocimiento de la verdad. **RAD. 159818 22-NOV-2022. – DESERCIÓN, APELACIÓN CONDENA – MP. CR. ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA. REVOCA Y ABSUELVE.**

2. ABANDONO DEL PUESTO: Ingredientes normativos. El Abandono del Puesto incluye en su redacción dos elementos normativos para considerar su adecuación típica, es decir, las acepciones “*facción*” y “*servicio*”, particularidades que corresponden a dos supuestos en los que los militares o policiales como sujetos activos del delito pueden encontrarse al momento de ejecutar el verbo rector “*abandonar*” que igualmente integra la

descripción típica, vocablo que comprende los siguientes supuestos: Separarse espacio- temporalmente de sus deberes por cualquier tiempo, dormirse, embriagarse o ponerse bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, amén de ello también se ha dicho que el desvalor de acción tiene lugar no sólo por el abandono del espacio geográfico, sino también con el abandono funcional. De la misma manera, este punible contiene la locución “*servicio*” que corresponde al género, es decir, para el caso el todo de la orden, y la “*facción*” que corresponde a una parte fundante del ejercicio directo de la actividad funcional específica, “*por lo que el ingrediente normativo “facción” es la función determinada dentro de los servicios de seguridad y vigilancia siendo ésta consustancial al mismo servicio, de manera pues que cuando el militar o policial está de facción, tal situación implica necesariamente estar de servicio, sin embargo estar de servicio no supone estar de facción*”. Reseña jurisprudencial.

ABANDONO DEL PUESTO: Estructuración. Es un tipo penal que censura al militar o policial ante la dejación de sus deberes, a partir de la verificación de su ausencia o falta de permanencia en el respectivo puesto asignado, también por causa de la simple dejación de funciones, circunstancia de la que se entiende que no es un requisito esencial para efectos de la tipicidad que el uniformado abandone el espacio físico destinado para ejercer las funciones del servicio encomendado, para el caso cuando el militar o policial se pone bajo el efecto de sustancias estupefacientes, se duerme en el puesto o se embriaga durante el respectivo servicio, por lo que la finalidad de la norma impositiva corresponde afirmar que los miembros de la Fuerza Pública cumplan con las funciones y responsabilidades que les fueron asignadas en el

tiempo y el modo preestablecidos, a través de los distintos medios legales. En conclusión, se trata de un tipo penal de mera conducta, categoría a partir de la cual se entiende que no es necesario que se produzca una consecuencia real verificable por los sentidos para efectos de constatar la antijuridicidad, porque se acepta que el abandono de deberes injustificado por causa de las variantes antes descritas genera el desvalor de resultado. **TESTIMONIO: Valoración.** La Corte Suprema de Justicia precisó que en la valoración de la prueba testimonial puede presentar una confusión temporal o transposición cronológica, pero que la ocurrencia de este fenómeno no conlleva necesariamente la exclusión del testimonio, en la medida que la credibilidad de un testigo no puede calcularse de manera obligada a partir de la correlación absoluta de su propio dicho y el de los demás deponentes, como quiera que las reglas de la lógica y la experiencia indican que es completamente entendible que las personas alteren ciertos detalles en sus exposiciones, pero que en última instancia lo importante es que concuerden en los aspectos fundamentales de su narración. Reseña jurisprudencial. **AUTENTICIDAD DEL DOCUMENTO COMO MEDIO DE PRUEBA (FOTOGRAFÍAS): Valoración de la procedencia.** La Corte Suprema de Justicia ha precisado que las fotografías tienen la calidad de evidencia documental, porque en virtud de dicho medio se puede demostrar la ocurrencia del delito a partir de una imagen o secuencia en el tiempo exacto de su realización, por lo que para efectos de valoración habrá de acudirse a las reglas de la experiencia y a la norma procesal relativa a los documentos por la que se tramite la respectiva actuación. Para efectos de autenticidad de un registro fotográfico se hace necesario que se conozca por lo menos la fuente o medio

a partir del cual se documentaron las imágenes, o que su creador confirme que fue él quien las tomó e indique el medio utilizado, o a falta de ello que quien supuestamente aparezca en las fotografías reconozca que se trata de esa misma persona. Reseña jurisprudencial. **DICTAMEN PERICIAL: No es prueba soberana. Apreciación.** El funcionario tiene la potestad de acogerse o apartarse del dictamen, también que el objeto de valoración por parte del juez en una prueba pericial no es la conclusión del perito, sino el procedimiento que sustentaba sus afirmaciones. A la luz de la jurisprudencia el dictamen pericial debe superar el requisito mínimo de autenticidad, y acorde con ello permite al funcionario apreciar no solo los documentos sino los experticios sobre ellos realizados, pero bajo el lenguaje que no todo dictamen pericial es prueba de obligatorio acatamiento, pues el funcionario puede después de su apreciación, acogerlo o apartarse del mismo. Reseña jurisprudencial. **DUDA RAZONABLE: Autoría y responsabilidad.** Dentro de las concepciones del debido proceso se consideran aquellas según las cuales debe prevalecer la presunción de inocencia del investigado y en caso de existir dudas, las mismas deben resolverse a su favor en virtud del principio de *in dubio pro reo*. La presencia de una duda razonable en relación con la autoría y la responsabilidad penal de un procesado ha de prevalecer su inocencia y, en consecuencia, la decisión de fondo debería ser absolutoria porque no se acreditaría el grado de certeza necesario para sancionar penalmente al autor del delito. Reseña jurisprudencial. **DUDA V/S CERTEZA RACIONAL.** Son referidas por la normatividad penal y la jurisprudencia, además de reñir con la ocurrencia de un hecho y la responsabilidad penal del acusado, debe estar

fundamentada, provista de una formulación lógica y debe revestir la categoría de insalvable a partir de los medios probatorios que se encuentren presentes en la actuación, también debe ser el producto de un juicioso análisis probatorio que concluya en la imposibilidad de esclarecer la incertidumbre planteada. Reseña jurisprudencial **TESTIGO ÚNICO: ponderación y apreciación probatoria.** No se demerita su valor probatorio en atención a la apreciación racional que rige el sistema procesal Colombiano. Reseña jurisprudencial. En materia penal militar existe libertad probatoria, tal como lo establece el artículo 514 de la Ley 1407 concordante con el 402 de la Ley 522 de 1999, en virtud del cual los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales. También, la apreciación de las pruebas se deberá hacer en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, razón por la que el funcionario judicial debe exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba. **SANA CRÍTICA: Descripción del concepto.** Reseña jurisprudencial. **HISTORIAS CLÍNICAS: Valoración.** Es un documento privado que debe valorarse como orientador, si es preciso tener presente, haciéndose necesario verificar la veracidad de los tratamientos desde los estamentos de salud. Reseña jurisprudencial. **RAD. 159168 - 28-NOV-2022 – ABANDONO DEL PUESTO- APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA – MP. CR. JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA. CONFIRMA.**

3 MEDIDA DE ASEGURAMIENTO: Medidas no privativas de la libertad. En múltiples pronunciamientos se ha decantado con suficiencia y de manera pacífica, los términos de “vigencia” e “implementación” los cuales, de forma acuciosa en una providencia hito recopiló cincuenta pronunciamientos. Tan importante antecedente, no podrá indicarse que se debe dar aplicación a los postulados que sobre el tema de la medida de aseguramiento contempla la Ley 522 de 1999 y no la Ley 1407 de 2010, toda vez que esta última, ya fue implementada, y prima la prevalencia de las normas más favorables para el procesado. Reseña jurisprudencial. **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO: Restricción del derecho fundamental.** Esta debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable, que demuestre el indicio grave de responsabilidad. En torno a ello se viene aquilatando una posición clara, razonada, concienzuda y respetuosa de los derechos que le asisten a todas las personas que están siendo sometidas a una investigación penal, en especial cuando las medidas a adoptar dentro del proceso investigativo, por parte del operador judicial, conculca derechos con valor superior como es la dignidad y la libertad. Reseña jurisprudencial. En tal sentido se resalta no solo las normas que han de aplicarse en virtud del principio de integración normativa respecto de la medida de aseguramiento, sus requisitos y procedencia, sino, además, el ejercicio argumentativo en quien recae tal obligación de hacerlo de manera acertada, justa y ponderada. **ORDEN: Presupuestos.** Esta debe ser lógica, clara, precisa y concisa. Reseña jurisprudencial. **ATAQUE AL SUPERIOR: Tipificación.** Para la tipificación del delito de ataque al superior, además de que quien inflige el ataque debe ser inferior en grado que la

víctima, se cometa en actos relacionados con el servicio, se requiere un ataque por “vías de hecho”. Frente a esta última la nutrida y pacífica jurisprudencia ha decantado que la vía de hecho también es entendida no solo por un contacto o lesión física, dado que estaríamos ante un hecho concursal con lesiones personales, sino que es suficiente las palabras displicentes, descomedidas y agresivas, que va acompañada de una actitud violenta y desafiante, donde se materializa la “vía de hecho” pues efectivamente, como se ha indicado en precedencia, no es menester que se produzcan lesiones o agresiones de índole físico, para sugerir que no estamos de cara al punible de ataque al superior.

AGRESIONES DE INDOLE VERBAL: Afrenta a la disciplina. Reseña jurisprudencial.

MEDIDA PRECAUTELATIVA: Requisitos para imponerse. En tal sentido el artículo 466 de la Ley 1407 de 2010 exige ciertos requisitos para imponer medida restrictiva de la libertad, no siendo obligatorio el cumplimiento de todos, sino basta el de uno de ellos.

1. *Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado o acusado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
2. *Que el imputado o acusado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima o de la fuerza pública.*
3. *Que resulte probable que el imputado o acusado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.*

Igualmente es cierto y reiterativa la jurisprudencia cuando da prelación a la libertad, como derecho de raigambre constitucional, inalienable y fundamental, que su restricción es la excepción y es allí donde surge la obligación, por parte de los operadores judiciales, de dar argumentos consistentes, serios y en especial la aplicación imperiosa del test de proporcionalidad, entendido este como una “(...) herramienta interpretativa que permite establecer si la medida resulta

adecuada y necesaria para la finalidad perseguida sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional, examen en cuya aplicación se ha de determinar que la medida esté contemplada desde el punto de vista legal y que la misma sea eficaz para alcanzar los fines constitucionales y legales descritos, luego debe ser proporcional a la restricción del derecho que se trate y necesaria en tanto no exista otro medio más benévolo para alcanzar el fin que se busca (...) **RAD. 159823 - 18-NOV-2022. - INSUBORDINACIÓN CONCURSO ATAQUE AL SUPERIOR. APELACIÓN MEDIDA ASEGURAMIENTO DET. PREVENTIVA - MP. CR. SANDRA PATRICIA BOTÍA RAMOS. REVOCA Y ORDENA LIBERTAD.**

4. RECUSACIONES: Finalidad. Los impedimentos y las recusaciones buscan garantizar la imparcialidad y transparencia en el ejercicio funcional de los operadores judiciales, razón por la cual, de una parte surge el deber de todo funcionario judicial de poner en conocimiento de la autoridad competente las circunstancias que en él recaen y que en su criterio considera constituyen causal de impedimento, o de otra, se constituye en un derecho de los sujetos procesales de demostrar que tal funcionario está impedido y aun así no ha realizado ninguna manifestación al respecto, por lo que cabe su recusación con miras a que se produzca su separación del conocimiento del caso en cuestión.

CONTROL Y DIRECCIÓN DEL PROCESO: Fundamento legal. La responsabilidad que le asiste a los operadores judiciales, a fin de evitar maniobras dilatorias y que las partes puedan incurrir en irregularidades que afecten el proceso, por ello a través de la dirección del proceso, el juez debe conllevar a la celeridad y eficacia de la actuación procesal, garantizando en todo momento el debido proceso amparado en los mecanismos de control que

debe ejercer el Juez, nuestro órgano de cierre, en uno de sus pronunciamientos, dijo: *“Para garantizar la celeridad del trámite, el Juez tiene el deber de controlar las intervenciones de las partes, en orden a que solo se refieran a los aspectos pertinentes y se abstengan de repeticiones innecesarias. Al efecto, debe tenerse en cuenta que el derecho al debido proceso no abarca la posibilidad de referirse a temas impertinentes, realizar discursos repetitivos e interminables o pretender trastocar el orden del proceso, como cuando en la audiencia preparatoria se expresan argumentos sobre la responsabilidad penal (...)”*. Reseña jurisprudencial. **LEY 1407 DE 2010** **ARTÍCULO 478: Impedimentos y recusaciones.** Bajo la perceptiva que, el juez que conozca de la preclusión queda impedido para conocer del juicio, esta no es absoluta, como pareciera seguirse de su tenor literal, sino que además se requiere que el juez haya comprometido su criterio respecto al fondo del asunto, ello ha sido reiterado por la Sala de Casación Penal, advirtiéndolo que no siempre que un funcionario niegue una preclusión, automáticamente queda impedido para conocer de las actuaciones subsiguientes, toda vez que es preciso estudiar en cada caso particular, si en efecto se ha afectado o no su imparcialidad, pues esta debe basarse en situaciones fácticas objetivas que reflejen el compromiso capaz de invadir su conciencia en la resolución del asunto. **RECHAZO DE PLANO: Configuración.** Este órgano, ha mantenido el rechazo de plano frente a aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos, dicha postura jurídica fue creada por el legislador, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción castrense con el fin de evitar maniobras dilatorias en los procesos por parte de sus actores. En esa línea nuestro órgano de cierre ha referido *“debe*

considerarse que el referido remedio procesal (“rechazo de plano”) procede incluso frente a temas trascendentes, pero que son impertinentes en un determinado escenario procesal, como cuando se pretende ventilar en la audiencia preparatoria la configuración de una causal de justificación. Aunque en este ejemplo se trata de un tema trascendente para la determinación de la responsabilidad penal, que hipotéticamente podría ser objeto de apelación si se resuelve en la sentencia, el Juez tendría que “rechazar de plano” la pretensión de la parte de lograr un pronunciamiento extemporáneo sobre un tema de esa naturaleza, sin que resulte procedente el recurso de apelación, simple y llanamente porque no se está resolviendo el asunto de fondo, sino sobre la impertinencia del debate en esa fase de la actuación”. En otros pronunciamientos se refirió: *“En ese orden, su opinión no tiene poder suficiente para la separación de conocimiento del proceso, ni le impide actuar con la imparcialidad y ponderación propia de quien imparte justicia, más aún cuando, se reitera, en el proveído en mención no hizo ni efectuó juicio alguno relacionado con la responsabilidad de los procesados, la tipicidad de la conducta punible, ni tampoco abordó un análisis siquiera somero alrededor de los elementos probatorios aportados por la defensa, surgiendo por tanto imperativo la improcedencia del impedimento propuesto (...)”*. **PROVIDENCIA - 22-NOV-22 RAD. [110016640403202200002](#) - ABANDONO DEL PUESTO – RECUSACIÓN. MP. TC. JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO - DECLARA INFUNDADO.**

5. CONFLICTO DE COMPETENCIA: Alcance. Corresponde a la controversia que se suscita entre jueces de la misma o diferente jurisdicción, que puede ser de carácter negativo o positivo.

De manera negativa se presenta cuando los funcionarios se rehúsan a asumir el conocimiento de cierto asunto, mientras que el positivo tiene lugar cuando, por el contrario, los dos se abrogan el derecho a conocer del tema. **CONFLICTO DE COMPETENCIA: Fundamento legal.** La competencia de las autoridades en un Estado de Derecho como el Colombiano, conforme lo señalado por la Corte Constitucional, está dada previamente por la Constitución y la ley de forma explícita. Por esa razón, los numerales 1° y 2° del artículo 150 superior le otorga en forma exclusiva al legislador la facultad para asignar las competencias de los funcionarios judiciales. Ello en virtud del principio de Legalidad, desarrollado en el artículo 122 Superior, que se erige como principio recto del ejercicio del poder, en tanto *“no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”*. Reseña jurisprudencial. **COMPETENCIA DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES: normatividad vigente.** Está dada de forma exclusiva por la Constitución y la ley. Para el caso de la Justicia Penal Militar y Policial, se encuentra prevista tanto en el artículo 221 de la Constitución Política como en la Ley 522 de 1999. **COLISIÓN DE COMPETENCIAS: Justicia Penal Militar.** El artículo 273 del Código Penal Militar de 1999 establece que la colisión de competencias se predica solo respecto de los jueces de conocimiento y los fiscales militares, excluyendo como sujetos del incidente a los jueces de instrucción, al señalar: *“Hay colisión de competencia cuando dos (2) o más jueces de conocimiento o fiscales, reclaman que a cada uno de ellos corresponde exclusivamente el conocimiento o tramitación de un proceso penal, o cuando se niegan a conocer de él por estimar que*

no es de la competencia de ninguno de ellos”. Ello es así, porque la ley penal militar asignó a los jueces de instrucción plena competencia para investigar las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública. Competencia que solo obedece a límites impuestos por factores como el funcional o subjetivo, pero sin las restricciones que determinan los factores objetivo o territorial, es así como el artículo 264 del citado código, establece: *“los Jueces de Instrucción Penal Militar tienen competencia para investigar todos los delitos de conocimiento de la Justicia Penal Militar cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho”*. De manera, pues, que los funcionarios de instrucción son competentes para investigar las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública que sean de conocimiento de la Jurisdicción Penal Militar. Aspecto que fue objeto de análisis en el texto inicial del proyecto de ley que luego se convirtió en el Código Penal Militar de 1999, al punto que el instituto procesal de la colisión de competencias estaba regulado en el artículo 265, bajo el siguiente tenor: *“Artículo 265. Noción. Hay colisión de competencias cuando dos o más autoridades judiciales, reclaman que a cada uno de ellos corresponde exclusivamente el conocimiento de un proceso penal, o cuando se niegan a conocer de él por estimar que no es de la competencia de ninguna de ellas”*. Redacción que fue modificada, como da cuenta el informe de la comisión accidental ante la plenaria del Senado, bajo la consideración que el término “autoridades judiciales” inserto en el original artículo 265, que pasaría a ser el 273, se modificaba por “Jueces de Conocimiento o Fiscales, a fin de precisar los funcionarios que pueden estar incursos en la colisión de competencias”, agregándose que *“Por otro lado, se introduce la partícula “o*

tramitación”, para mayor precisión en la definición de la colisión”, reformas que fueron aprobadas, junto con otras, en la referida plenaria dando paso a lo que sería el texto definitivo de la Ley 522 de 1999. Modificación que finalmente suprimió la posibilidad de que la colisión de competencias pudiere suscitarse entre jueces de instrucción penal militar. **COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL: Normatividad.** El numeral 4° del artículo 238 de la Ley 522 de 1999, señala que es competencia del Tribunal Superior Militar resolver “*Los conflictos de competencia que se susciten entre los juzgados penales militares de primera instancia*”; determinando nuevamente la ley penal militar la competencia del Colegiado. **RESERVA LEGAL DE LA COMPETENCIA: Alcance.** A las disposiciones emitidas por una autoridad administrativa no puede atribírseles la misma fuerza normativa que a una disposición de carácter legal que establece la competencia de cada uno de los despachos en la jurisdicción penal castrense, en tanto, la competencia jurisdiccional es de exclusiva reserva legal. De ahí que las controversias que puedan presentarse por razón del contenido de los actos administrativos expedidos por Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar o por la hoy Unidad Administrativa de la Justicia Penal Militar y Policial distan mucho de constituirse en verdaderos conflictos de competencia, particularmente entre jueces de instrucción penal militar, que daban ser resueltos por esta Corporación. **RAD. [159842](#) – 30-NOV-22 – HOMICIDIO – CONFLICTO DE COMPETENCIA. MP. CR(RA) WILSON FIGUEROA GÓMEZ - SE INHIBE DE CONOCER.**

6. DOBLE INSTANCIA: Carga procesal. Ha sido suficientemente decantado por este Colegiado con estricta sujeción a la

jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que quien acude al ejercicio del derecho de la doble instancia, vía la impugnación de las decisiones judiciales, no sólo tiene la obligación de hacerlo en tiempo por virtud del principio de preclusión de los actos procesales, sino que además debe ser sujeto de la relación jurídico-procesal o del derecho de postulación, en otras palabras, ser sujeto procesal y además de ello debe haber sufrido un agravio con la decisión, siendo ésta circunstancia la que le dota de interés jurídico para recurrir. En el primer evento, precisa este Tribunal Castrense, se habrá de decir que tiene legitimación en el proceso (legitimatío ad processum), en el segundo que le asiste legitimación en la causa (legitimatío ad causam). Adicional a ello, con ceñida observancia al principio de razón suficiente debe evidenciar por vía de una crítica asertiva, lógica, precisa, coherente, sustentada y clara, con exposición de premisas fácticas y jurídicas y soportada en el método dialectico, el yerro en el que incurrió el funcionario autor de la decisión confutada y su trascendencia, esto es, qué repercusiones tuvo en la confección y motivación de la misma –esto en aquellos eventos en que esta última existe pero resulta incompleta, dilógica o aparente, pues habrá otros en que el reproche gravite sobre la ausencia total de motivación- y, asimismo, qué consecuencias desfavorables se derivaron de ella para la parte impugnante en tanto de no haber tenido ocurrencia aquel, la declaración judicial hubiere tenido norte franco diverso. Carga procesal de ineludible acometimiento que determina no sólo que el recurso pueda ser abordado de fondo, sino que además constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe pronunciarse el ad quem en cumplimiento del apotegma jurídico “tantum devolutum quantum appellatum”, ello, además, por cuanto la doble instancia,

como medio ordinario y eficaz para controvertir la legalidad o el acierto de las decisiones judiciales, debe ocuparse de revisar los problemas jurídicos propuestos por el recurrente en tanto se corresponden con la conducta punible objeto de acción penal y los que tengan una conexidad con éstos, además de los que oficiosamente deban ser asumidos para la protección de derechos y garantías fundamentales y la realización de los fines esenciales de la justicia material en el caso concreto, situaciones que han de ser resueltas antes de que la providencia adquiera la condición de cosa juzgada.

EJERCICIO IMPUGNATORIO: Principio de limitación. El ejercicio impugnatorio y el trámite recursal que de ello deriva, no se traduce en una amplia libertad de pronunciamiento para el funcionario de segunda instancia (singular o plural), pues no se trata de una nueva oportunidad para la confección y emisión de un juicio fáctico y jurídico sobre el asunto debatido o una segunda oportunidad para reabrir el debate probatorio acometido en la pertinente instancia, ya que por virtud del denominado "Principio de Limitación" la labor de aquel se circunscribe, salvo las excepciones de ley a este último principio como con inmediata antelación se advirtiere, a la realización de un control de legalidad sobre los fundamentos de hecho y de Derecho en que se cimienta la decisión impugnada, ello a partir de los argumentos presentados por el recurrente, es decir, con afincamiento en el ejercicio dialéctico a que éste acude con miras a demostrar sustentadamente los yerros o las incorrecciones -in iudicando o in procedendo- en que incurrió el servidor judicial autor de la decisión controvertida al momento de su elaboración, ejercicio de análisis y ponderación que exige de aquel, como presupuesto elemental y necesario, la exposición de las tesis -antítesis si se quiere- o los argumentos

encaminados a derruir la presunción de acierto y legalidad que acompaña a aquella decisión a fin que, se itera, el superior funcional de quien la profirió conozca y sopesa los motivos de su inconformidad que eventualmente pudieren avalar su modificación, revocación o invalidación según el caso. Principio que, por otra parte, también delimita la competencia del juzgador de segunda instancia en otro aspecto, ello en tanto le está vedado abordar asuntos no debatidos en la decisión de primer grado, ni tópicos no controvertidos en la alzada, menos aun cuando ello contravendría el postulado según el cual no puede haber segunda instancia lo que no fue debatido en la primera. **DECLARATORIA DE DESIERTO: Recurso de apelación: "..."** no se sustenta en debida forma la alzada cuando el actor acude a fórmulas no concretas para denunciar las falencias del juzgador de primer grado, pues la carga procesal en referencia [sustentar el recurso conforme las exigencias normativas] impone la necesidad de explicitar los desaciertos en que se haya incurrido con el propósito que el superior funcional tenga claridad sobre qué puntos de la providencia dirige el ataque, o qué pruebas pretirió el juez, o qué aspectos de la litis omitió decidir, o qué norma jurídica aplicable al caso desatendió o aplicó indebidamente, entre otras posibles vicisitudes que enfrenta el juez en cada caso concreto." Reseña jurisprudencial. **CARGA PROCESAL: Quien ejercita el derecho posee la carga.** Quien ejercita los derechos a la impugnación y a la doble instancia se le impone, a título de carga procesal, el refutar, razonada y fundadamente los pilares -retóricos, fácticos, jurídicos y probatorios- de la decisión recurrida y de los cuales de disiente en tanto se postulan errados, indemostrados o no soportados en los medios suasorios anejos a la

actuación, esto por la potísima razón de que sólo así es plausible a la segunda instancia abordar el ejercicio dialéctico inmerso en la decisión reprochada y adoptar la determinación que corresponda en torno a la prenombrada doble presunción de acierto y legalidad que cobija la misma. No se cumple con aquella carga procesal y no se logra el cometido de que la Colegiatura aborde la revisión de la legalidad y acierto de la decisión impugnada, cuando el reproche ínsito a la apelación: i) se circunscribe a disentir de la motivación que condujo a adoptar la decisión pero definitivamente se comparte esta última; ii) no comporta, más allá de un disenso genérico y subjetivo, razones de hecho o de Derecho que conduzcan a esta instancia a la constatación de la necesidad de enmendar lo dispuesto por la providencia apelada, ello al punto que se deba romper la doble presunción que cobija a la decisión de primer grado disentida; iii) contiene argumentos dilógicos, anfibológicos, genéricos, vagos o imprecisos que no permiten la precitada constatación; iv) recurre a argumentos que desbordan el marco dialéctico de la providencia recurrida, es decir, sus fundamentos de hecho y de Derecho; v) no va más allá de constituir una extensión o repetición de

los alegatos que el demandante planteó ante la primera instancia y que fueron resueltos en legal forma pero en sentido adverso a sus pretensiones, sin que se aborde la demostración del porqué el funcionario judicial cometió un yerro in iudicando, o de juicio; o vi) incumple la carga argumentativa que incumbe al discrepante por cuanto no se demuestra que de no haber ocurrido las falencias de apreciación, valorativas o de juicio que se acusan, otro habría sido -o podido ser- el sentido de lo sustancialmente decidido, es decir, no demuestra la trascendencia de aquellas. Y ello es así, en la medida que resulta irrefutable que en estos eventos no hay un verdadero reproche a los fundamentos fácticos y jurídicos en que se cimenta la decisión de la cual se disiente y la cual goza de la pluricitada doble presunción, resultando, de contera, más que procedente recordar que la jurisprudencia con razón ha sostenido que sustentar indebidamente, es como no hacerlo, y ello conduce inexorablemente a declarar desierto el recurso. **RAD. 158224 - 09-NOV-22 – ABANDONO DEL SERVICIO – APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA. MP. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA - DECLARA DESIERTO.**

II. PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL DICIEMBRE 2022

1. PECULADO CULPOSO: Elementos para su configuración. i) Sujeto activo cualificado. Este debe ser un servidor público quien por razón o con ocasión de sus funciones a quien se le ha asignado la administración, tenencia o custodia de bienes y como tal tiene una relación de disponibilidad jurídica o material frente a la cosa. ii) Sujeto Pasivo de la conducta. Es el Estado como titular del bien jurídico de la

administración pública. Es a quien se afectan sus intereses junto con la infracción al deber de fidelidad en la que incurre el funcionario público. iii) Objeto material de la conducta. Bienes del Estado. Bienes de empresas o instituciones en que el Estado tenga parte, bienes o fondos parafiscales. Bienes de particulares. iv) verbo rector. Dar lugar a que se extravíen, pierdan o dañen. Ello implica la desaparición del bien por

destrucción (incendio) mutación de su naturaleza, o incluso por la apropiación de un tercero. Se trata de un tipo penal de resultado y de lesión en la que debe *“mediar relación de determinación o causalidad entre la conducta imprudente y el extravío, pérdida o daño de los bienes”*. v) Elemento subjetivo: La culpa.

PECULADO: Exigencias. Este tipo penal exige que quien lo cometa este revestido de un cargo y una función pública, es decir, se trata de un tipo penal cuyo sujeto activo es cualificado; para el presente caso, un servidor público a quien se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones la administración, tenencia o custodia de un objeto material. Su tipificación busca proteger en sentido general, la Administración Pública, la que es dinamizada por un servidor, para el caso miembro de la Fuerza Pública, quien para el ejercicio de su función tiene la administración o custodia de bienes y recursos.

PECULADO CULPOSO: Descripción de los elementos para su configuración. Este punible establece como requisito para que se configure la conducta, que los bienes que se hayan confiado al servidor público imputado “se extravíen, pierdan o dañen”; entendiéndose tales vocablos como: extravíar, a la desaparición; pérdida que significa la cesación definitiva de los derechos que se tienen sobre un bien o desaparición material de este; y, dañar, que comprende la destrucción, alteración sustancial, inutilización o mengua en el valor del bien. Adicionalmente, es necesario que se presente una violación al deber objetivo de cuidado. Frente a este tópico, se tiene que es el núcleo esencial del injusto en el delito imprudente; y, tiene fundamento en el desvalor de acción, aspecto que consiste en la inobservancia del cuidado debido bajo dos manifestaciones: el deber de cuidado interno que consiste en la obligación de advertir la presencia del peligro y el deber

de cuidado externo. **TEORIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: Creación o no del riesgo.** Reseña jurisprudencial. **PRINCIPIO DE CONFIANZA: Alcance.** Este es un criterio normativo que forma parte de la teoría de la imputación objetiva, del cual no es posible atribuirle el resultado típico a una persona si esta ha obrado convencida de que otras no han incurrido en riesgos jurídicamente desaprobados. En tal sentido, el principio de confianza es una circunstancia que exime de la imputación jurídica u objetiva por disolución de la actividad peligrosa o por desaparición de la superación del riesgo permitido, en virtud del cual el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales que les corresponde observar. **PRINCIPIO DE CONFIANZA: Reconocimiento.** La Corte Suprema de Justicia ha indicado que respecto del reconocimiento del principio de confianza se parte del supuesto de que el agente que lo invoca ha cumplido a cabalidad con todas las actividades propias de su rol, de manera que no se le puede imputar, ni la creación ni la agravación de riesgos jurídicamente desaprobados, en tanto la realización del riesgo en el resultado resulta imputable a otra persona. No es aplicable el principio de confianza cuando se infringe el derecho por incumplimiento de los deberes que este impone, ya que uno de los fundamentos para esquivar la responsabilidad es haberse comportado correctamente. **IUS PUNIENDI: Sistemas represivos independientes.** Las investigaciones, como los fallos de carácter disciplinario y administrativo, son independientes y autónomos y no obedecen en su desarrollo y decisión a lo que se suscite en el proceso penal, conforme a ello, el hecho que el procesado efectúe el pago del bien o bienes perdidos; o, haga el reintegro de estos, no puede ser entendido como una

razón para exonerarlo de responsabilidad penal, por considerar que el Estado no fungió pérdida alguna, toda vez que, tanto el proceso administrativo como el penal, persiguen fines y protegen bienes jurídicos diferentes, siendo errado predicar que este acto de manera alguna puede servir de sustento jurídico a una terminación anticipada de la acción penal, pues se trata de un fenómeno post delictual que operaría tan sólo a título de circunstancia de atenuación punitiva conforme lo prevé el artículo 401 de la Ley 599 de 2000 aplicable al proceso penal militar por vía de integración. Si el Estado no respondió económicamente por la pérdida del material que se encontraba en custodia, el pago de tales elementos no exonera de la responsabilidad penal que le atañe, por el contrario, el resarcimiento del daño ocasionado, corrobora los supuestos de hecho y de derecho por los cuales debe continuar con el trámite de la investigación, en el sentido de que en efecto su actuación fue contraria a derecho, pues no de otra forma se entiende el resarcimiento del daño causado sin en verdad no se hubiese considerado que afectó a la administración.

PECULADO:
Estructuración. Cuando se administran mal o se hace un mal uso -en sentido amplio- de bienes del Estado o de particulares que le han sido confiados al servidor público debido a la investidura pública que ostenta. De esta manera, en forma directa, el reproche se asienta en la ruptura de la confianza que las autoridades dan a un funcionario público para que administre, tenga o custodie bienes determinados; y de manera indirecta en la lesión del interés patrimonial de la administración oficial.

CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO:
Requisitos. Para que el Juez pueda cesar procedimiento en la etapa de instrucción o investigación; debe existir elemento

probatorio que, con grado de certeza demuestre la causal que se pretende hacer valer como soporte para proferir tal decisión; ya sea, que el hecho no ha existido, que el procesado no lo ha cometido, que la conducta es atípica, que el sujeto activo obró dentro de una de las causales de ausencia de responsabilidad; o, que el proceso no podía iniciarse o perseguirse. Reseña jurisprudencial. **RAD. 159828 - 19-DIC-2022. - PECULADO CULPOSO - APELACIÓN CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO - MP. CR. ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA. REVOCA.**

2. PROCESO DE INCORPORACIÓN: Regulación y etapas para su oficialización. El proceso de incorporación está regulado por la Ley 48 de 1993, "*Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización*", modificada por la Ley 1861 de 2017 "*por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización*" y el Decreto 977 de 2018, "*por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 1070 de 2015*" en lo relacionado con la reglamentación del servicio de reclutamiento, control reservas y la movilización. Es decir, los llamados a realizar los procesos de incorporación son Distritos Militares por mandamiento legal; los cuales serán dados de alta por parte de la sección de altas y bajas de la Dirección de Personal-Jefatura e Desarrollo Humano. En el proceso de incorporación, son varias etapas que debe concluir para poder oficializar el proceso de incorporación. El proceso de incorporación es un trámite exigente donde no solo intervienen los funcionarios del Distrito Militar, sino también la Registraduría Nacional, los cuales acreditan la plena identidad de la persona que se está incorporando sin que se pudiese dar una posible suplantación de identidad. **DEBIDA INCORPORACIÓN:**

Legalidad. Es el acto administrativo con el que se da de alta como miembro activo de la Fuerza Pública, el que permite demostrar la debida incorporación, documento que goza de plena validez y autenticidad, en cuanto es expedido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones; mismo que debe tenerse en cuenta entre otros, para que, existiendo motivo, la Jurisdicción Penal Militar y Policial, investigue al militar o policial que incurra en conductas delictivas, recordemos que para el delito de deserción se trata de un sujeto activo calificado, este solo lo puede cometer *“quién estando incorporado al servicio Militar(...)”* para que suceda imperiosamente debe estar vinculado el acto administrativo que le dio esa calidad. La Honorable Corte Suprema de Justicia: *“ha establecido que el acto administrativo que incorpora al servicio militar obligatorio goza de presunción de legalidad hasta que sea revocado por la autoridad administrativa que lo profirió o por la autoridad administrativa-judicial correspondiente. Es decir, que la resolución, orden administrativa de personal o la orden del día que establece la incorporación al servicio militar obligatorio, según sea el caso, le otorgan al militar todos los derechos y deberes para con la institución, así mismo, lo hace objeto de la ley disciplinaria y penal militar hasta tanto adquiera firmeza el acto que lo desvincula de la Fuerza Pública, puesto que como cualquier acto administrativo goza de presunción de legalidad”*. También se ha dejado claro que no es a esta Corporación a quien le corresponde determinar la ilegalidad de la incorporación de un conscripto por expreso mandato legal, por manera que, si es preciso mencionar que esto es directamente proporcional, pues si no hay incorporación, tampoco puede haber retiro y desacuartelamiento.

DOCUMENTO: Definición. **Carácter documental de los informes.** **Autenticación de documentos.** Reseña doctrinaria y jurisprudencial. **PERTINENCIA DE LA PRUEBA: Concepto.** Reseña doctrinaria. **PERTINENCIA DIRECTA E INDIRECTA:** Características. Reseña jurisprudencial. **RAD. [159673](#) – 13-DIC-2022. – DESERCIÓN - APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA – MP. CR. JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA. CONFIRMA.**

3. PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO: Independencia e imparcialidad. De estos principios emana la garantía que las actuaciones que se generen dentro del mismo deben estar supeditadas al imperio de la Constitución y la Ley, por ello es función de los administradores judiciales verificar y establecer que cualquier circunstancia que perturbe las bases sobre las cuales se inspiraron esos principios dé lugar, incuestionablemente, a la separación del conocimiento del asunto sometido a consideración del funcionario judicial. Reseña jurisprudencial. **PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD: Definición.** Es la condición esencial para el ejercicio de la función jurisdiccional, que debe satisfacer no el órgano en sí, sino la persona que sea titular de aquel, para que pueda dirigir el proceso con pleno respeto al principio de igualdad y decidir el litigio con apego a los postulados y garantías fundamentales. Reseña jurisprudencial. **RAD. [159830](#) - 13-DIC-22 – POR ESTABLECER – IMPEDIMENTO MP. CR SANDRA PATRICIA BOTÍA RAMOS – DECLARA FUNDADO.**

4. RECURSO DE APELACIÓN: Expresión de respeto de derechos. El recurso de apelación es una expresión del derecho a la tutela judicial efectiva, que permite impugnar las decisiones y abrir paso para

que el superior, de quien emitió la decisión, la analice y determine su acierto y legitimidad. En ese sentido, este Colegiado ha mantenido una línea pacífica y homogénea en relación con los requisitos que debe cumplir quien acude al ejercicio del derecho de la doble instancia y ha sido reiterado en recientes pronunciamientos, con estricta sujeción a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Reseña jurisprudencial. **INADMISIBILIDAD: Falta de claridad.** Cuando en el medio impugnatorio, se registran concepciones abstractas y difusas, no tiene otro remedio la Sala de acudir a la figura de su inadmisibilidad, al no concretarse una estructura mínima en aspectos que atañen a la lógica y a la construcción de un discurso jurídico idóneo frente a las decisiones que son objeto de recursos ordinarios, tal como lo ha referenciado la Corte Suprema de Justicia. Reseña jurisprudencial. **EVALUACIÓN DE PETICIÓN DE NULIDAD. Requisito para solicitarla.** Esta no se trata de una alegación genérica de un perjuicio o irregularidad, sino que para que la petición de nulidad pueda evaluarse, debe señalarse el concreto perjuicio que la irregularidad haya ocasionado, en punto al proceso, de tal forma que se evidencie el menoscabo de las garantías procesales, al derecho de defensa o la estructura del proceso. **SUSTENTACIÓN DE RECURSOS ORDINARIOS: Claridad en la petición.** En materia de sustentación de los recursos ordinarios, que no es que se busque estructurar una pretensión con un discurso dogmático excesivo, por quien tiene la legitimidad de ejercer su derecho a la contradicción en un proceso penal, contrario sen su, la percepción de la Corporación, es enviar un mensaje a los sujetos procesales, que permita abordar esta temática con una óptica de seriedad y con una exigencia mínima pero concreta

en estadios de la claridad y comprensión del conocimiento, donde se pueda identificar un problema jurídico y seguidamente edificar una hipótesis basada en un razonamiento lógico, con base en una valoración racional probatoria, metodología que insta a un examen de la segunda instancia de manera integral y no a preconstituir ideas vagas, que no invita al debate dialéctico en forma técnica. **RAD.159506 – 13-DIC-22 – PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD Y FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO– APELACIÓN DE AUTO QUE NO ACCEDE A SOLICITUD DE NULIDAD. MP. TC. JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO - DECLARA DESIERTO.**

5. ABANDONO DEL PUESTO:

Características del tipo penal (Facción-Servicio). El artículo 16 del estatuto penal castrense enseña que la ley definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. Es así como, en lo que tiene que ver con el Abandono del Puesto, señala para su configuración objetiva elementos particulares y especiales que atañen en forma directa y concreta al servicio que se predica de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. En esa medida, el tipo penal de Abandono del Puesto contiene dos elementos normativos para su adecuación típica, esto es, los términos “facción” y “servicio”, los cuales corresponden a dos situaciones particulares en las que el militar o policial como sujeto activo de la conducta puede encontrarse al momento de agotar el verbo rector “abandonar” contenido en la descripción típica aludida, ya sea separándose de sus deberes por cualquier tiempo, durmiéndose, embriagándose o poniéndose bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Así las cosas, el término “servicio” corresponde al género, es decir, es el todo de la orden, mientras que la

“facción” se entiende como una parte fundante del ejercicio directo de la actividad del servicio específica; por lo que el ingrediente normativo “facción” es la función determinada dentro de los servicios de seguridad y vigilancia siendo ésta consustancial al mismo servicio, de manera, pues, que cuando el militar o policial está de facción, tal situación implica necesariamente estar de servicio; sin embargo, estar de servicio no supone estar de facción. Reseña jurisprudencial.

ABANDONO DEL PUESTO: Conducta reprochable. Corresponde a un tipo penal que castiga el incumplimiento de deberes ya sea por la falta de presencia y permanencia del militar o policial en el respectivo puesto, o por la mera sustracción de la función sin que sea necesario el abandono del espacio físico destinado para el turno de servicio, esto es, cuando el sujeto activo de la conducta se pone bajo el efecto de sustancias estupefacientes, se duerme o se embriaga durante el respectivo servicio para el que fue previamente designado, es decir, que su objetivo es asegurar que el uniformado cumpla con la función que le fue encomendada en el tiempo y el modo preestablecidos. Así mismo, este tipo penal se concibe como un injusto de mera conducta, lo que significa que no se requieren resultados o que se produzca una consecuencia en el mundo material perceptible por los sentidos para que se predique su antijuridicidad, de manera que, la ausencia inconsulta de quien tiene el deber de presencia por su condición de militar o policial altera el normal desarrollo del servicio, lo que se expresa en el desvalor del resultado, al punto que el legislador dispuso un ámbito de protección ex ante, tipificando ese comportamiento negativo precisamente para proteger el bien jurídico de contenido institucional. Reseña jurisprudencial.

FENÓMENO PRESCRIPTIVO: Ley 522 de

1999. Conforme los artículos 86 de la Ley 522 de 1999 y 600 de 2000, dos son los momentos procesales en que puede tener ocurrencia el fenómeno prescriptivo dentro de la actuación penal castrense. El primero, que se contabiliza desde el momento de consumación de la conducta punible para los delitos de ejecución instantánea o desde la perpetración del último acto para los tentados o permanentes y que se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación. El segundo por su parte transcurre desde aquel hito procesal, es decir, desde que cobra firmeza los cargos hasta cuando se profiere fallo definitivo, momento a partir del cual comienza a contarse un nuevo término igual a la mitad del señalado inicialmente, conforme lo establecido en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, sin que ese nuevo lapso pueda ser inferior a cinco (5) años ni superior a diez (10) años. Ahora bien, el fenómeno prescriptivo de la acción penal reporta reglas especiales relacionadas con la naturaleza del delito o la calidad del sujeto activo de la conducta penal, siendo esta última la que interesa en el presente caso dado que se trata de un delito cometido por un servidor público en ejercicio de sus funciones.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL: Servidores públicos. Sobre el particular, el 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 y en calidad de autores o partícipes el término prescriptivo se aumentará en una tercera parte del contenido inicialmente en la regla general; sin embargo, aquella disposición fue modificada por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011 que incrementó el término prescriptivo en la mitad del reportado inicialmente para los servidores públicos; por lo tanto, ha de entenderse que el lapso extintivo de la acción penal para los delitos cometidos por servidores

del Estado con ocasión del servicio o función cuya pena máxima establecida en la ley sea inferior o igual a cinco (5) años debe aumentarse en una tercera parte (6 años y 8 meses) o en la mitad (7 años y 6 meses) según el caso, para efectos de contabilizar la prescripción de la acción penal. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia fijó dicho criterio al sostener que ningún delito cometido por un servidor público prescribe en un término inferior a 6 años y 8 meses. Reseña jurisprudencial.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:

Delito del abandono del puesto.

Delimitado el marco normativo y jurisprudencial que regula el fenómeno prescriptivo en el presente evento, será necesario señalar que el delito de Abandono de Puesto corresponde a un reato de mera conducta y de ejecución instantánea; razón por la cual, para efectos de contabilizar el inicio del lapso extintivo de la acción penal han de aplicarse las reglas del inciso primero del artículo 84 de la Ley 599 de 2000 y 78 de la Ley 1407 de 2010, según las cuales cuando se trate de delitos de dicha naturaleza la prescripción de la acción penal se cuenta a partir del día de su consumación.

AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD: Tipicidad subjetiva.

La conducta será típica en su aspecto subjetivo cuando además de haberse materializado el aspecto objetivo del delito, se analiza el aspecto interno del sujeto. Es decir, se determina si la conducta realizada por el sujeto fue con dolo o culpa, como el delito imputado al enjuiciado es doloso se determinará si el procesado actuó con el conocimiento y voluntad. De manera general el conocimiento implica saber que se están realizando los elementos de la tipicidad objetiva (sujetos, conducta y objeto material), mientras que la voluntad o querer implica verificar que el sujeto desee cometer el delito. Existen, sin

embargo, instituciones que eliminan el dolo como elemento subjetivo del tipo, como corresponde a eventos de: 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: Definiciones.** 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, pero 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. Ahora bien, los eventos de fuerza irresistible se pueden originar por fenómenos de la naturaleza o por la actividad de otra persona, esto es, generado por una fuerza externa que tiene que ser irresistible con la suficiente virtualidad de doblegar y/o arrastrar la voluntad del individuo, la cual puede ser física (vis física) o de carácter moral (vis compulsiva). **RAD. 159469 - 15-DIC-22 – ABANDONO DEL PUESTO – APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA. MP. CR (RA) WILSON FIGUEROA GÓMEZ - CONFIRMA.**

6. RECURSO DE APELACIÓN: Alcance. Éste se desarrolla bajo los presupuestos del principio de limitación, por lo que la Segunda Instancia carece de facultades para abordar aspectos que no sean propuestos por el recurrente, excepto la nulidad y aquellos inherentes a ésta que se puedan visualizar en el asunto examinado. **CAPTURA EN FLAGRANCIA: Sustento**

legal. Se encuentra descrito en los artículos 459 y 460 de la Ley 1407 de 2010. La normatividad que regula el procedimiento de flagrancia exige especiales requisitos de orden formal y material que deben acreditarse ampliamente al emprender el control de legalidad por vía judicial. **CAPTURA EN FLAGRANCIA: Procedimiento.** La Corte Suprema de Justicia ha establecido que en el examen del procedimiento de cualquier captura en flagrancia ha de analizarse la procedencia de la misma, la forma y el trato que se le haya dado al aprehendido por parte de aquél que lo privó de su libertad. De la misma manera, en lo que tiene que ver con los tiempos para la realización de procedimiento, los incisos 2º y 3º del artículo 460 de la Ley 1407 de 2010 contienen la expresión “*inmediatamente o en el término de la distancia*”, esto para referirse a capturas en flagrancia que involucren a miembros de la Fuerza Pública en actividad y que sean formalizadas por las autoridades o personas particulares. Así mismo, el Estatuto Penal Castrense de 2010 describe dos instantes a partir de los cuales el procedimiento de captura debe ser sometido a un control de legalidad. El primero, a cargo del fiscal penal militar y policial según se desprende del inciso 4º

del artículo 460 de la Ley 1407 de 2010, en donde se le exige al funcionario judicial verificar de manera previa el agotamiento de los requisitos formales y materiales antes de considerar que el procedimiento de captura sea evaluado por el juez penal militar y policial de control de garantías en audiencia preliminar, en virtud del inciso 5º de la misma normativa, examen último que corresponde al segundo control de legalidad de la captura. En dicha medida, del articulado en cuestión surge una obligación para el fiscal penal militar y policial a cuya disposición se encuentre un miembro de la Fuerza Pública capturado en flagrancia, haciéndose necesario que constate los siguientes supuestos: **i)** que el presunto delito que motivó la captura comporte medida de aseguramiento y; **ii)** que la captura sea legítima, esto es, que se hubiera producido dentro de una de las precisas y estrictas hipótesis previstas para la flagrancia en la ley, así como que esta se hubiere efectuado respetando los estándares legales, de no superarse dicho examen, el fiscal penal militar y policial deberá ordenar la libertad inmediata del capturado. **RAD.**

[110016642202202200002](#) – 14-DIC-2022. – ABANDONO DEL PUESTO – APELACIÓN LEGALIZACIÓN DE CAPTURA – MP. CN(R) JULIÁN ORDUZ PERALTA. REVOCA.

III. PRONUNCIAMIENTO RELEVANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL

SP3573-2022, Radicación No. **55480** del 21 de octubre de 2022¹. La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, la cual confirmó la dictada por el Juzgado 12 Penal de Circuito con Funciones de

Conocimiento de la misma ciudad, que condenó por el delito de homicidio agravado, en calidad de autor.

PRUEBA: Obtención. Se encuentra limitada por el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Exclusión**

¹ Sala de Casación Penal, MP. MYRIAM ÁVILA ROLDÁN.

de la prueba: incidencia sobre los derechos fundamentales, control por el juez. **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES – Alcance. DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN – Alcance. TESTIMONIO - Derecho a guardar silencio: alcance. DERECHO A GUARDAR SILENCIO – Alcance** «[...] la consecución de evidencias, elementos materiales probatorios e información legal dentro de una causa penal debe estar libre de afrentas a los derechos fundamentales de los ciudadanos, como la dignidad, la vida e integridad física y moral, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación y la solidaridad íntima. Esta barrera tiene la doble pretensión de proteger al individuo de eventuales excesos en los actos de investigación destinados a obtener pruebas y de servir de disuasor positivo de cualquier tentación de las autoridades de violar las garantías iusfundamentales para cumplir las labores instructivas.

De este modo, en la tensión entre la eficacia del poder punitivo y las barreras de una dimensión ética impuesta por las garantías ciudadanas, la importancia superlativa de la prueba -en términos de pertinencia, conducencia y utilidad- se subordina a la forma lícita de obtenerla, lo cual resulta imprescindible para la verdadera equidad del juicio y la protección del derecho de defensa, el cual es de naturaleza fundamental e indisponible. Aunque la regla constitucional de exclusión debe ser categórica en aquellos eventos de intromisión estatal irracional, como, por ejemplo, en casos de confesiones mediadas por tortura, tratos crueles e inhumanos, o la autoincriminación bajo detención ilegal sin las advertencias que salvaguardan los derechos a no hacer manifestaciones que pudieren resultar

inculpatórias y a guardar silencio, existen otras tantas situaciones en las que la invasión estatal de las prerrogativas constitucionales a la hora de la aprehensión de los instrumentos de prueba se encuentra justificada en aras de la vigencia de un orden justo. Estos últimos eventos, sin embargo, demandan control jurisdiccional previo o posterior del juez de control de garantías, según el caso -por ejemplo, la inspección corporal, el registro de una persona relacionada con la investigación, la obtención de muestras, o la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas de delitos sexuales, al tenor de los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, con los lineamientos de la sentencia CC C822 de 2005-, quien evaluará la legalidad de la medida y definirá las condiciones respectivas, a fin de que se reduzca su incidencia sobre los derechos fundamentales del individuo. Así, entonces, bajo el predicado de presunción de inocencia (artículo 29 de la Constitución Política), la regla general consiste en que nadie puede ser molestado en su intimidad personal o familiar mientras no exista orden de autoridad judicial competente que habilite a los agentes estatales para investigar su presunta participación en la comisión de una conducta punible, intervención que debe limitarse al mínimo necesario en términos de intensidad y lapso legalmente autorizado. Por su parte, el artículo 33 Superior prevé que «nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil», previsión normativa de la que se siguen los derechos a la no autoincriminación y a guardar silencio. Se garantiza, pues, que la persona involucrada en la presunta

ejecución de un delito sea informada oportunamente por el Estado de que contra ella se sigue un proceso, que no se le obligue a hacer manifestaciones de las que se puedan seguir consecuencias desfavorables para sí misma o su familia frente a un señalamiento criminal y que se respete la decisión autónoma de permanecer en silencio o de hablar voluntariamente (CC C-488 de 1996). [...] Se trata, pues, del privilegio más sólido del derecho al debido proceso en sus componentes de defensa y presunción de inocencia, de cara a los interrogatorios de los agentes estatales y a la persecución penal en general, habida cuenta que resulta inadmisibles conferir validez a procedimientos oficiales engañosos enderezados a obtener información inculpatoria del ciudadano, vía atajo, pues la administración de justicia no puede hacerse beneficiaria de la transgresión del Estado de Derecho». **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Identificación e individualización del procesado:** No es un tema de prueba, sino que debe estar lo suficientemente dilucidado en las diligencias anteriores al juicio. **IDENTIDAD DEL PROCESADO - Individualización e identificación:** diferencias. **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Identidad del procesado o condenado:** individualización e identificación, libertad probatoria / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN:** Normativa. Aplica a las manifestaciones hechas después de la privación de la libertad: exclusión del análisis probatorio. **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN - Momento a partir del cual se activa:** no adquiere relevancia hasta que se produce algún acto de judicialización de la persona. **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN - Alcance:** opera desde el momento en que se adquiere la condición de indiciado, no antes. **PROCESADO - Manifestaciones**

inculpatorias ante funcionarios de policía judicial: antes del acto de aprehensión, no están amparadas por el derecho de no autoincriminación «[...] ya ha tenido oportunidad de precisar esta Corte que, las expresiones realizadas de manera libre por el ciudadano -sospechoso-, ante particulares o incluso ante los mismos agentes del orden, por fuera de la actuación penal, son «manifestaciones de la conducta humana, fenómenos exteriorizados en el mundo real, que en tanto tales deberán ser abordados como tema de prueba por los jueces si tienen pertinencia jurídica» (CSJ SP3006-2015 rad. 33837). [...] Entonces, la protección se irradia, realmente, respecto de toda declaración inculpatoria obtenida bajo compulsión y detención, dentro de la actuación penal, coerción que es sancionable con la exclusión de las locuciones autoinculpatorias, dada su incidencia negativa sobre las garantías de intimidad, dignidad humana y presunción de inocencia. Ahora bien, dicha salvaguarda únicamente opera cuando el indiciado ha sido individualizado de forma unívoca o identificado de manera inequívoca a fin de que pueda ejercer a plenitud su derecho de defensa, por manera que, solo, cuando se ha alcanzado la identificación del presunto autor o partícipe y se da curso al diligenciamiento respectivo, se activa la obligación legal de prevenirlo sobre su derecho a guardar silencio, a no ser obligado a colaborar activamente en la recolección de evidencias en su contra o a incriminar a su núcleo familiar y a gozar de la asistencia legal de un abogado. Esta intelección, en el plano de los instrumentos internacionales de derechos humanos surge, asimismo, del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que, en la actuación procesal, toda persona

inculpada de delito tiene derecho, entre otras cosas, «a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable»; y del canon 14 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos que, en similar sentido, señala que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad (...) a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. En este punto, es indispensable precisar, como lo ha señalado de manera constante la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal (CSJ SP836-2019, rad. 48368), que lo concerniente a la individualización y /o identificación del procesado no es propiamente un tema de prueba, en la medida que no tiene relación con la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad penal del inculpado y más bien corresponde a un aspecto que debe ser resuelto por la Fiscalía General de la Nación desde el inicio de la investigación, pues solamente una vez superado este presupuesto podrá realizarse la vinculación del indiciado al proceso, con la formulación de imputación o la declaración de persona ausente, según el caso (artículos 127, 128, 286 y 288 de la Ley 906 de 2004). Y es que, a fin de dar curso a los actos de captura, imputación, imposición de medida de aseguramiento, acusación y a la emisión del fallo -de responsabilidad penal o absolutorio-, es deber del órgano persecutor individualizar o identificar plenamente, de forma previa, al sujeto involucrado. Es así como, en desarrollo del plan metodológico, el fiscal se encuentra facultado para ordenar «la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes», de acuerdo con el artículo 207 de la Ley 906 de 2004. La individualización de una persona se tendrá por satisfecha cuando se la determina físicamente de manera

indiscutible por sus rasgos, señales particulares, características o cualidades. La identificación, por su parte, en tanto resultado final de la individualización, se logra cuando i) se obtienen sus datos personales como su nombre, apellido, edad, lugar de nacimiento, residencia actual, estado civil, profesión, padres, hijos, etc., ii) se cuenta con documentos de identificación como el registro civil de nacimiento, la cédula de ciudadanía, el pasaporte, etc. o iii) se logra mediante pericia dactiloscópica, carta dental o cotejo de ADN. (CSJ SP, 4 sep. 2003, rad. 16469). Existe, pues, libertad para acreditar este primer aspecto de toda investigación, al punto que la Corte ha destacado la importancia, con miras a ese objetivo, de los métodos de reconocimiento fotográfico y en fila de personas, (artículos 252 y 253 de la Ley 906 de 2004) los cuales se tornan valiosos cuando no se tiene conocimiento o existe duda del individuo en contra del cual debe dirigirse la persecución, instrumentos que solo pueden incorporarse en el juicio a través del testimonio de quien haya hecho la identificación respectiva. [...] La salvaguarda, traducida en el privilegio de no autoinculpación, consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, opera, entonces, una vez la persona ha sido identificada y ha adquirido la calidad de indiciada, esto es, cuando la investigación ya no es de carácter genérico, sino que se encuentra dirigida contra una persona determinada. Al respecto, nuestro sistema de procesamiento penal de 2004 enfatiza la obligación de proveer la tutela de esa garantía solo en escenarios de interrogatorio, captura e inicio del juicio oral. [...] En todo caso, está bien recordar que, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional también ha precisado que el radio de acción de la protección

contra la autoinculpación surge desde que la persona conoce que existe una investigación en su contra hasta la conclusión de la actuación [...] Entonces, si el panorama es el de un sujeto que no ha sido identificado ni individualizado y solo es retenido momentáneamente en la calle u otro lugar público para procurar ese objetivo, en línea de principio, no podrá ser beneficiario de las prerrogativas propias del privilegio de no autoincriminación, no solo porque, en estricto sentido, contra él no se ha iniciado una verdadera investigación, sino debido a que el derecho a la libertad no es absoluto y, valga destacarlo, puede limitarse bajo el principio de proporcionalidad y los supuestos de cumplimiento de una obligación legal, tolerancia pasiva de los ciudadanos que resulta indispensable frente a actos en los que el individuo es objeto y no sujeto de prueba. Y es que, la restricción de la libertad ambulatoria temporal o inmovilización momentánea, por un breve período y propósito limitado, cual es el de identificar al probable autor o partícipe de una conducta punible, se encuentra asistida de un razonable interés legítimo de convocar al responsable al sistema de enjuiciamiento criminal. Recuérdese, al respecto, que, aunque la naturaleza de la actividad de policía es, en esencia, de índole preventiva, la de la policía judicial, se dirige, al esclarecimiento e individualización de los presuntos responsables, para lo cual se encarga de apoyar la investigación penal, bajo las directrices del Fiscal General de la Nación y sus delegados (artículo 200 de la Ley 906 de 2004), de manera que, tiene entre sus funciones la de cumplir las labores encomendadas por el fiscal a cargo, asignaciones entre las cuales está la de procurar la individualización e identificación del presunto responsable. [...] No en vano nuestra Corte

Constitucional señaló, en torno al derogado artículo 31 del Decreto Ley 522 de 1971 -antiguo Código Nacional de Policía-, el cual habilitaba a las autoridades públicas para solicitar la información necesaria para identificar a las personas y recabar algunos datos básicos sobre las mismas -«como nombres, apellidos, domicilio, nacionalidad, documento de identificación, edad, lugar de nacimiento, que resulten necesarios para el cumplimiento de los objetivos de interés general a cargo del servidor»-, que ello no violentaba la garantía de no autoincriminación (CC C-422 de 2002). Ello, por cuanto no involucraba «la declaración sobre hechos o circunstancias de modo tiempo y lugar con la que generalmente se asimila el vocablo “declaración” en el ámbito judicial» y que «en cumplimiento de su función de auxiliar a las autoridades judiciales, puede ser necesario que las autoridades de policía adelanten labores de identificación», lo cual debería regirse por las normas procedimentales de los funcionarios encargados de dirigir e impulsar la instrucción.

En este contexto, contrario a lo argüido por el demandante, la sanción de exclusión predicable respecto de la “prueba ilícita” no puede trasladarse a las técnicas legítimas de investigación orientadas a recabar los datos de identificación del presunto responsable.

[...] Toda la plataforma conceptual precedente permite, entonces, reiterar las reglas generales que indican, por una parte, que el procedimiento de individualización e identificación del eventual indiciado es autónomo e independiente del recaudo probatorio enderezado a acreditar el tema de prueba y, por otra, que el privilegio contra la autoincriminación no rige en la fase primaria de identificación sino

una vez alcanzado el proceso de judicialización del presunto infractor, esto es, cuando adquiere la calidad de indiciado, lo cual, por supuesto, abarca, como lo ha admitido la Corte Constitucional, la fase preprocesal a partir de la cual la persona conoce que contra ella se ha iniciado una investigación. Lo precedente, a su turno, faculta colegir que la intromisión de baja intensidad de la policía judicial, en cumplimiento de un plan metodológico, para parar o abordar momentáneamente a un individuo y solicitarle el documento de identificación, no incide en la esfera de protección del artículo 33 Superior, porque no envuelve procedimientos indagatorios en un ámbito de detención e interrogatorio». **HABEAS DATA - Registraduría Nacional del Estado Civil:** los datos de nombre y número de cédula no tienen reserva legal y son públicos / **HABEAS DATA - Registraduría Nacional del Estado Civil:** La obtención de datos como nombre, apellido, número, lugar y fecha de expedición de los documentos de identidad, no está sometida a control previo o posterior de un juez «Contrario a lo que sugiere el censor en el sentido de que la consulta en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil requiere algún tipo de control judicial que ampare las garantías de habeas data e identidad, se tiene que, según el artículo 213 del Código Electoral y las resoluciones 3341 y 3632 de 2013 y 5633 de 2016, algunos datos como los que indican el nombre, apellido, número, lugar y fecha de expedición de los documentos de identidad pertenecientes a terceros carecen de reserva legal o judicial y, por consiguiente, su obtención a cargo de funcionarios de policía judicial -o, incluso de la víctima- no se halla sometida a control previo o posterior de un juez de control de garantías, en los términos del artículo 244 de la Ley 906 de 2004»

DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN - Vulneración: demostración. DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN – Alcance.

Opera desde el momento en que se adquiere la condición de indiciado, no antes «El demandante acusó la violación de la garantía de no autoincriminación en la obtención de los datos de identificación del procesado y de la información y evidencias recaudadas a partir de ellos, esto es, la consulta a la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el álbum fotográfico y el reconocimiento respectivo realizado por el testigo único presencial de los hechos:

(...) Una acción investigativa primigenia como la descrita resulta razonable, en tanto la acción del funcionario de policía judicial se encuentra justificada en la necesidad de establecer, para efectos exclusivos de identificación, el nombre de pila de alias “C”, con fundamento en el plan metodológico del fiscal al que asistía [...] [...] para la Corte, el alcance de la medida adoptada fue proporcional a la inferencia inicial de que ese individuo podía ser hallado en el estadio o sus inmediaciones, dado que, una vez perpetrado el homicidio, ante el único testigo directo, el responsable del mismo se identificó con ese apodo y como miembro de la barra brava, autodenominada “La mafia 89”. Además, la identificación de MP a cargo de DF se realizó bajo los lineamientos de la jurisprudencia vigente, es decir, antes de que fuera vinculado a la actuación penal. Este motivo fue el que condujo al Tribunal a descartar, con apoyo en la distinción entre actos de investigación y de judicialización, vicio alguno en la recolección de la información que sirvió para identificar al potencial sospechoso del homicidio, lo cual se llevó a cabo dentro del marco del primer tipo de

actividad de policía judicial mencionado. [...] De igual manera, la injerencia del agente estatal sobre el ciudadano interceptado se llevó a cabo in situ, en espacio público, fue estrictamente momentánea, no implicó su traslado a alguna dependencia oficial o no oficial, no representó un acto de tortura, tratos crueles o inhumanos y tampoco alcanzó el estándar de interrogatorio, toda vez que no fue indagado por los hechos homicidas, de modo que, no puede afirmarse que el suministro de los datos básicos de identificación proveyó un eslabón ilícito en la cadena de prueba necesaria para condenar. Además, del relato del investigador DF no se desprende que la solicitud del documento de identidad que hizo a alias "C", tras indagarle por las trifulcas entre barras bravas acaecidas en la fecha futbolística anterior, constituya un manifiesto engaño, precisamente, porque el servidor de policía judicial no estaba obligado a hacer las advertencias ínsitas en el principio de no autoinculpación, pues aquél no había sido vinculado a la actuación, no fue sometido a registro personal -lo cual hubiera requerido control previo del juez control de garantías-, tampoco a captura y, en todo caso, no pretendió de él su confesión -menos involuntaria-, solo su identificación, al punto que no le hizo ninguna pregunta relacionada con el homicidio o con las circunstancias de hecho anteriores o posteriores relacionadas con el injusto. En estas condiciones, si la información recolectada no tiene carácter ilícito, mucho menos puede inferirse, que las evidencias recaudadas a partir de ella fueron irradiadas por un efecto ilegítimo de invalidez, tal cual lo anotó la juez de primer nivel. La argumentación hipotética del censor según la cual la protección de las garantías, en abstracto, podría haberse

realizado a través de medios menos invasivos no significa, en sí mismo, que la actividad de policía judicial se tornara irrazonable. Igualmente, es verdad que no se trató del cumplimiento de la función preventiva de identificación de personal de la Policía Nacional, no obstante, es claro que, en el caso concreto, diverso a lo predicado por el libelista, el funcionario de policía judicial estaba investido de la función de apoyo al fiscal del caso en la identificación del eventual indiciado, de acuerdo con el plan metodológico trazado por aquél. Así, pues, no es cierto que dicho servidor estuviera desarrollando pesquisas por cuenta propia y que, en ese orden, careciera de «la dirección funcional de ningún fiscal». (...) **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: no la constituye una declaración anónima / ANÓNIMO - No es un medio de prueba:** por lo tanto no puede ser prueba de referencia / **ANÓNIMO - Como medio de prueba y tema de prueba:** diferencia y efectos / **ANÓNIMO - Alcance probatorio:** depende de la etapa del proceso en que se pretenda utilizar para fundamentar una decisión, no puede ser utilizado como prueba de la responsabilidad penal «Lo primero que se ofrece indispensable admitir, en este punto, es que, como de tiempo atrás lo tiene establecido la jurisprudencia (CSJ SP5798- 2016, rad. 41667), todo medio probatorio anónimo no puede integrar el acervo probatorio, ni siquiera como prueba de referencia, por cuanto constituye una fuente de información de origen desconocido que, en los términos del artículo 430 de la Ley 906 de 2004 -en concordancia con los artículos 27.1 de la Ley 24 de 1992, 38 de la Ley 190 de 1995, 69 inciso cuarto de la Ley 906 de 2004 y 81 de la Ley 962 de 2005-, se encuentra prohibida. Esa información, solamente, puede ser utilizada para realizar labores de

verificación o para orientar la investigación, siempre que aporte evidencias o datos concretos que permitan adelantar gestiones específicas de confirmación. [...] Por manera que, si una aserción proviene de fuente anónima, la cual es inadmisibile, y ella es empleada para deducir un hecho indicador, éste no estará debidamente estructurado, en tanto no habrá podido confrontarse en el juicio y, en ese orden, cualquier conclusión derivada del mismo se traducirá en una mera conjetura, insuficiente para acreditar el tema de prueba respectivo. En ese sentido, la Corte ha enfatizado que la información proveniente de una llamada anónima es inadmisibile, habida cuenta que «la declaración anterior al juicio oral necesariamente debe provenir de una fuente conocida, esto es, de una fuente humana determinada, como condición para que pueda ser admitida y tenida en cuenta como prueba de referencia». (SP1590- 2020, ad. 49977) [...].

PRUEBA DOCUMENTAL - Herramienta digital Google Maps: documento con aptitud representativa: Debe ser objeto de descubrimiento, solicitud, decreto, práctica y confrontación. **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas de oficio: prohibición legal - PRUEBA - Hecho notorio:** puede ser aducido por las partes o utilizado por los falladores para argumentar sus determinaciones «A juicio del recurrente, el Tribunal incurrió en error de hecho en la vertiente de «falso juicio de existencia por suposición», al aceptar como probado un hecho indicador, con base en un instrumento probatorio que no obra en el expediente, esto es, a partir de la «ilustración malla vial de la ciudad de Medellín GOOGLE MAPS», conforme a la cual la calle [...] de la ciudad de Medellín es la denominada “LH”. Y es cierto. (...) es claro que ese dato electrónico, que responde a un

documento, con aptitud representativa - que comprende archivos de imágenes cartográficas de carácter inmaterial, que se presentan de un modo interactivo y posibilitan un recorrido y movimiento virtual- no fue objeto de descubrimiento, solicitud, decreto y práctica, ni mucho menos de confrontación y, por ende, en principio, fue indebidamente supuesto por el juez colegiado. (...).

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: como prueba directa - TESTIGO - Presencial - PRUEBAS - Libertad probatoria. CASACIÓN - Es deber del casacionista desvirtuar el acierto y legalidad de la sentencia «Aunque el defensor orientó su demanda a cuestionar las que considera premisas menores del indicio de presencia en el lugar de los hechos, es indispensable recordar que el hecho concerniente al sitio del homicidio se acreditó a través de prueba directa: el testimonio de MC. [...]. En este punto, desconoció el letrado que, contrario a su parecer, la Fiscalía no estaba obligada a utilizar planos o evidencias demostrativas para que M ubicara en ellos la escena de los hechos, pues, rige el principio de libertad probatoria y, en el caso concreto, ese dato fue obtenido a través del relato del testigo. [...]

Resta anotar que, más allá del infructuoso propósito de refutar el hecho de que el homicidio de SA se ejecutó en ésta última nomenclatura, a partir de supuestas inconsistencias intrínsecas y extrínsecas en el relato del testigo de viso, la defensa omitió, como lo destacó el representante de las víctimas, todo ejercicio contradictorio, en aras de comprobar la presencia alternativa de MP en lugar distinto al mencionado, en la fecha y hora del delito. (...)»

(Subrayado y negrita fuera de texto). Proveído completo Rad. [SP3573-2022](#), (55480) del 21 de octubre de 2022.

III. PRONUNCIAMIENTO RELEVANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA CIVIL

STC16733-2022, Radicación No. 68001221300020220038901 del 14 de diciembre de 2022². La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia dirime la impugnación del fallo de 12 de agosto de 2022, dictado por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, a través de acción de tutela. Señaló que notificó el auto que dio apertura al juicio por correo electrónico y por WhatsApp, allegó los «*screenshot*» - *captura de pantalla*- respectivos, en ese orden, pidió «*impulsar y dar fecha a la primera audiencia*. Se discuten aspectos relativos a la notificación personal electrónica del auto admisorio de la disputa, es necesario realizar algunas precisiones sobre los problemas que pueden surgir en torno a esta reciente, y cada vez más frecuente, práctica judicial. En concreto, aquello que tiene que ver con *i)*. los actuales regímenes vigentes de notificación personal, *ii)*. los distintos canales de notificación de las partes, *iii)*. las exigencias legales y constitucionales para el enteramiento personal mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, *iv)*. la forma de acreditar dichas exigencias y, *v)*. los efectos derivados de esa forma de comunicación.

2. Coexistencia de dos regímenes de notificación personal -presencial y por medio del uso de las TIC-. Esta Sala tiene decantado que, en los tiempos que corren, los sujetos procesales tienen la libertad de optar por practicar sus notificaciones

personales, bien bajo el régimen *presencial* previsto en el Código General del Proceso –*arts. 291 y 292-*, o por el trámite *digital* dispuesto en la Ley 2213 de 2022 –*art. 8-*. De igual forma, tiene sentado que «*[d]ependiendo de cuál opción escoja[n], deberá[n] ajustarse a las pautas consagradas para cada una de ellas, a fin de que el acto se cumpla en debida forma*». (STC7684-2021, STC913-2022, STC8125-2022, entre otras). De allí que no haya duda sobre la vigencia actual de esas dos formas de enteramiento y del deber de las partes de ceñirse a los postulados propios de su escogencia.

3. Notificación personal mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Tratándose de la notificación personal surtida por medios digitales está claro que, conforme a la Ley 2213 de 2022, obedece a los propósitos de *implementar* las TIC en todas las actuaciones judiciales y *agilizar* los respectivos trámites (arts. 1 y 2 *ibidem*), hasta el punto de constituirse como un «*deber*» de las partes y apoderados, quienes «*deberán suministrar (...) los canales digitales escogidos para los fines del proceso*», en los cuales «*se surtirán todas las notificaciones*» (arts. 3 y 6 *ibidem*), de donde emerge que *-por expresa disposición del legislador-* la elección de los canales digitales a utilizar para los fines del proceso compete a las partes y, en principio, al demandante *salvo los casos de direcciones electrónicas registradas en el registro mercantil-*.

² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil - Tutelas, MP. OCTAVIO A TEJEIRO.

Situación distinta dispuso la norma en lo que compete al canal digital de los despachos judiciales, al señalar como tal «*las direcciones de correo electrónico que el Consejo Superior de la Judicatura disponga*» -art. 6 *ibidem*-, sitio que, valga precisar, es el designado por el legislador para comunicarse válida y eficazmente con los jueces, además de la sede física del despacho.

3.1. Distintos canales digitales para la notificación. Es bueno precisar que el legislador -*consciente de los vertiginosos avances tecnológicos*- no limitó al correo electrónico los medios válidos para el enteramiento de las decisiones judiciales; por el contrario, permitió expresamente que pudiera surtirse en el «sitio» o «*canales digitales elegidos para los fines del proceso*», por supuesto, si se cumplen los requisitos de idoneidad exigidos por el legislador y que se analizarán más adelante.

3.1.1. Correo electrónico: No hay discusión en que una de las herramientas mayormente utilizadas por las partes y apoderados para los fines de la notificación personal electrónica se surte a través de correos electrónicos. Por esa razón, en el curso de este sumario se averiguaron algunos aspectos técnicos de este medio de comunicación con el fin de clarificar la terminología utilizada en esta práctica común. Respecto de la forma en la que se surte la dinámica del envío y recepción de un correo electrónico, enseña el ingeniero en informática Ariel Oscar Podestá -*entre otros*- que: «*Al crear un correo, debe especificarse un asunto y destinatario. Esto, junto con otros datos de gestión, es lo que conforma el “encabezado” (header, en el gráfico). Luego, el contenido en sí es lo que constituye el “cuerpo” del mensaje (body). Cuando el remitente finaliza la redacción de su correo y confirma el envío, este se*

transfiere desde su dispositivo móvil a su servidor de correo saliente, en este caso Gmail. Dicho servidor no lo envía tal como está, sino que le agrega ciertos datos de gestión complementarios, que pueden ser una firma digital del mismo servidor, fecha de recepción, envío e identificador único del mensaje, y cualquier otro dato que sea pertinente. Con lo cual, ahora, el archivo tiene toda su información original sumada a la que se le añadió en este último paso. De allí que, (...) el correo que va desde Gmail hasta Yahoo cuenta con otro encabezado, “header Gmail”. Entonces, resulta que la información original no se alteró. De hecho, esto nunca ocurre. Desde este punto de vista, todo el sistema consiste en apilar datos de encabezado, sin alterar la información recibida (...).

*En el siguiente paso, el servidor de Gmail envía el correo al servidor de Yahoo, que lo recibe y análogamente también le agrega información en su encabezado. Los datos añadidos en este caso podrán ser fecha de recepción, verificación de firma digital del servidor remitente, tamaño del archivo recibido, etcétera. Todo lo que también el servidor de Yahoo considere necesario. Así queda conformado el archivo final y es lo [que] recibe el destinatario (sic). Dicho archivo contiene información que responde a las preguntas sobre quién lo envió, en qué momento y qué ruta tomó. En las circunstancias correctas, su autenticidad puede ser innegable y así conformar una clara fuente de evidencia. (...). De otra parte, con la finalidad de hallar el sentido lógico, técnico y práctico de la normativa que regula las notificaciones personales electrónicas, se ofició a Microsoft Corporation, quién, al indagarle sobre lo que podía entenderse por «iniciador en materia de transmisión de mensajes de datos» conceptuó que: *El iniciador**

a nivel de envío de mensaje se puede entender como **la acción del usuario al hacer clic en el botón de enviar un mensaje, el cual puede variar dependiendo del proveedor de correo electrónico. Es importante señalar que, a nivel de correo electrónico, esta acción también puede ser configurada por una máquina, la cual es programada para dar clic en el botón de envío de un mensaje predeterminado en un momento exacto»** Al preguntarle sobre lo que podía entenderse por «acuse de recibo por parte del iniciador», señaló que: «El acuse de recibo depende de varios factores. Algunos sistemas de email permiten configurar **confirmaciones de recibido** de email. Sin embargo, **este es un mensaje de llegada del email al servidor de correo, que no necesariamente indica que el receptor haya recibido el email ni que lo haya leído»**

A la pregunta ¿Cuándo puede entenderse que el iniciador recepciona acuse de recibo?, respondió: «Depende del método que se utilice para confirmar la recepción del correo. Existen métodos para determinar la recepción **en el servidor que inicia el envío** de correo electrónico al buzón de correo por medio de la opción de seguimiento que debe ser activada en la opción “seguimiento” que trae el correo electrónico en el caso de Microsoft 365. Adicionalmente, se puede activar la opción de **notificación de lectura**, la cual, una vez abierto el correo, **solicitará al destinatario a través de una ventana emergente enviar al remitente la confirmación de lectura**. En tal caso, el destinatario podrá dar clic a esa ventana emergente para informar al iniciador que ha leído el mensaje y, **si no lo hace, el iniciador no recibirá ninguna confirmación de lectura»** Finalmente, frente al interrogante relativo a la forma en que podía demostrarse que una persona recibió un mensaje de datos a través de un correo electrónico, predicó:

«Para establecer que una persona recibió un email, podría utilizarse algún mecanismo de los mencionados anteriormente, en especial, activar la herramienta de **“Confirmación de Lectura”**. En este caso, **si el destinatario envía la confirmación al remitente**, haciendo clic en la ventana emergente desplegada para tal efecto, se podrá establecer que el mensaje ha sido recibido y abierto por parte del destinatario. Sin embargo, en el caso de la herramienta de **confirmación de entrega**, la notificación que recibe el remitente del mensaje **no comprueba de manera fehaciente que el destinatario recibió un correo en su bandeja de entrada**.

Por tal razón, **reiteramos la importancia de acudir a soluciones de terceros que cuentan con las herramientas técnicas para certificar la recepción, apertura y lectura de un mensaje de datos enviado a través de correo electrónico**. En los entornos corporativos y en soluciones administradas, es posible establecer si un email ha sido entregado o no en el buzón; es importante mencionar que cada sistema de correo electrónico funciona de manera diferente y en función a las capacidades técnicas del mismo».

De lo expuesto es dable entender por **iniciador**, la acción del usuario que da click a la opción de **envío** del correo. Por **servidor de correo**, la entidad proveedora y administradora del mismo, esto es, Hotmail, Outlook, Gmail, Yahoo -entre otros-. Por **acuse de recibo** del correo, la información relativa a que el correo fue recibido, bien por el servidor de correo del remitente, o por el servidor de correo del destinatario -que puede ser distinto al del remitente, por ejemplo, un usuario de Hotmail que remite un correo a un usuario de Gmail-, o por el mismo destinatario de la misiva –

voluntariamente-. También es viable colegir que los **servidores de correo electrónico** ofrecen algunas herramientas que permiten verificar que el correo llegó al servidor del remitente, lo cual no necesariamente significa que llegara al servidor del destinatario, o a este último. De igual forma, es posible deducir que algunos **servidores de correo electrónico** ofrecen la opción de que el destinatario del correo comunique al remitente sobre la recepción del mensaje; no obstante, tal confirmación queda a voluntad de aquel.

Finalmente, puede concluirse del informe técnico rendido que los **servidores de correo electrónico** no ofrecen herramientas que puedan garantizar «de manera fehaciente que el destinatario recibió un correo en su bandeja de entrada», razón por la cual es posible «acudir a soluciones de terceros que cuentan con las herramientas técnicas para certificar la recepción, apertura y lectura de un mensaje de datos enviado a través de correo electrónico».

3.1.2. WhatsApp: (...)La aplicación de mensajería instantánea WhatsApp, utilizada por «[m]ás de 2 mil millones de personas en más de 180 países», es una herramienta que, conforme a las reglas de la experiencia, ha sido acogida por gran parte de los habitantes del territorio nacional como un medio de comunicación efectiva en sus relaciones sociales. De allí que resulte, al menos extraño, que dicho instrumento pueda verse restringido en la actividad probatoria destinada a saber cómo ocurrieron los hechos o se surtió un enteramiento, mientras que se utiliza con frecuencia en las actividades cotidianas de quienes intervienen en la vida jurisdiccional. (...), dicho medio -al igual que otros existentes o venideros- puede resultar efectivo para los fines de una institución procesal como es la

notificación, la cual no tiene otra teleología que la de garantizar el conocimiento de las providencias judiciales con el fin de salvaguardar derechos de defensa y contradicción. Esa aplicación ofrece distintas herramientas que pueden permitirle al juez y a las partes enterarse del envío de un mensaje de datos *-un tick-*, o de su recepción en el dispositivo del destinatario *-dos tiks-*. Asunto distinto y que no es objeto de discusión, es la lectura de la misiva porque, a decir verdad, ni siquiera los dos ticks pudieran evidenciar tal circunstancia, dado que bien puede ocurrir que el destinatario abra el mensaje, pero no lo lea. No obstante, ese no es asunto de debate debido a que esta Sala tiene decantado que basta con que se infiera la recepción del mensaje para que se entienda enterado el destinatario, de lo contrario, la notificación pendería de la voluntad del mismo. En concreto se ha señalado que: *«En otros términos, la notificación se entiende surtida cuando es recibido el correo electrónico como instrumento de enteramiento, mas no en fecha posterior cuando el usuario abre su bandeja de entrada y da lectura a la comunicación, pues habilitar este proceder implicaría que la notificación quedaría al arbitrio de su receptor, no obstante que la administración de justicia o la parte contraria, según sea el caso, habrían cumplido con suficiencia la carga a estos impuesta en el surtimiento del trámite de notificación»* (Sentencia de 3 de junio de 2020, radicado No. 11001-02-03-000-2020-01025-00, en la que se reiteró el criterio expuesto en (CSJ STC690 de 2020, rad. 2019-02319-01, entre otras).

3.2. Exigencias legales para la notificación personal con uso de las TIC: Al margen de la discrecionalidad otorgada para que los litigantes designen sus *canales digitales*, la

ley previó algunas medidas tendientes a garantizar la efectividad de las notificaciones personales electrónicas - *publicidad de las providencias*-: **i).** En primera medida -y con implícitas consecuencias penales- exigió al interesado en la notificación afirmar *«bajo la gravedad de juramento (...) que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar»*; además, para evitar posibles discusiones, consagró que ese juramento *«se entenderá prestado con la petición»* respectiva. **ii).** En segundo lugar, requirió la declaración de la parte tendiente a explicar la manera en la que obtuvo o conoció del canal digital designado. **iii).** Como si las dos anteriores no resultaran suficientes, impuso al interesado el deber de probar las circunstancias descritas, *«particularmente»*, con las *«comunicaciones remitidas a la persona por notificar»*. De lo expuesto, no queda duda que las partes tienen la libertad de escoger los canales digitales por los cuales se comunicarán las decisiones adoptadas en la disputa, sea cual sea el medio, siempre que se acrediten los requisitos legales en comento, esto es, la explicación de la forma en la que se obtuvo -bajo juramento, por disposición legal- y la prueba de esas manifestaciones a través de las *«comunicaciones remitidas a la persona por notificar»*. Tampoco hay vacilación al indicar que esa elección, al menos en la etapa inicial del proceso, compete al demandante quien debe demostrar la *idoneidad* del medio escogido, sin perjuicio de que se modifique en el curso del proceso, conforme lo permiten los numerales 5° de los artículos 78 y 96 del Código General del Proceso y el canon 3° de la Ley 2213 de 2022.

3.3. Demostración de exigencias legales en cita. Vistos los requisitos que la ley exige al interesado en la notificación

personal mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, vale la pena precisar la forma en la que pueden satisfacerse esos requerimientos.

3.3.1. Libertad Probatoria: Para la satisfacción de esa carga demostrativa, el legislador no dispuso solemnidad alguna, razón por la que se cumple mediante cualquiera de los medios de prueba enlistados en el canon 165 del Código General del proceso, incluidos, por supuesto, *«cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez»*. Sobre el particular, esta Sala ha predicado de forma unánime que: *(...) la Corte concluye que el enteramiento por medios electrónicos puede probarse por cualquier medio de convicción pertinente, conducente y útil, incluyendo no solo la presunción que se deriva del acuse de recibo (y que puede ser desvirtuada), sino también su envío, sentido en el que se precisa el alcance de las consideraciones plasmadas en CSJ STC13993-2019, 11 oct. 2019, rad. n.º 2019-00115 y STC690-2020, 3 feb. 2020, rad. n.º 2019- 02319.* (Sentencia de 3 de junio de 2020, radicado N° 11001-02-03-000-2020-01025-00)

3.3.2. Algunos medios de prueba para acreditar las exigencias expuestas.

Ciertamente, al tener claro que existe libertad probatoria para demostrar los requerimientos legales en comento, surgen algunas cuestiones en torno a los medios de convicción utilizables. Si el interesado en la notificación decide probar el cumplimiento de las exigencias legales mediante mensajes de datos, es indudable que los mismos deberán ser aportados *«en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud»* de conformidad con el artículo 247 del Código General del Proceso.

3.4. Precisión especial en torno al *acuse de recibo*:

Ahora, sobre la forma de acreditar el *acuse de recibo* –que no es otra cosa que la constatación de que la misiva llegó a su destino- amerita reiterar que el legislador no impuso tarifa demostrativa alguna, de suerte que, como se dijo, existe libertad probatoria, bien sea en el trámite de nulidad o por fuera de él. En ese sentido, tal circunstancia puede verificarse -entre otros medios de prueba- a través *i)*. del *acuse de recibo* voluntario y expreso del demandado, *ii)*. del *acuse de recibo* que puede generar automáticamente el canal digital escogido mediante sus «*sistemas de confirmación del recibo*», como puede ocurrir con las herramientas de configuración ofrecidas por algunos correos electrónicos, o con la opción de «*exportar chat*» que ofrece WhatsApp, o inclusive, con la respectiva captura de pantalla que reproduzca los dos «*tik*» relativos al envío y recepción del mensaje, *iii)*. de la certificación emitida por empresas de servicio postal autorizadas y, *iv)*. de los documentos aportados por el demandante con el fin de acreditar el cumplimiento de las exigencias relativas a la idoneidad del canal digital elegido. Sobre este último aspecto vale la pena precisar que, del cumplimiento de esas cargas, también es posible presumir la recepción de la misiva. Tales exigencias se pueden demostrar, como se dijo, mediante cualquier medio de prueba, entre ellos, y a modo de ejemplo, mediante «*la simple impresión en papel de un mensaje de datos [el cual] será valorado de conformidad con las reglas generales de los documentos*», elementos conocidos en la actualidad bajo el rótulo de *screenshots* -*capturas de pantalla* - *pantallazos* - *fotografías captadas mediante dispositivos electrónicos*, o incluso, mediante audios o grabaciones que puedan resultar lícitos, conducentes y pertinentes en relación con

las circunstancias que se pretenden acreditar, esto es, la idoneidad, pertinencia y eficacia del canal digital elegido.

3.5. Efectos del trámite de notificación personal con uso de las TIC:

Ahora bien, asuntos distintos a la *elección* del canal digital con fines de *notificación*, comprenden el del momento en que debe entenderse surtido ese acto procesal y el consecuente conteo del término que puede derivar de la providencia a enterar. Al respecto, La Ley 2213 de 2022 dispuso en el inciso 3° de su artículo 8° que: «*[l]a notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a contarse cuando el iniciador recepcione *acuse de recibo* o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje*»

(...)Regulación del trámite de Notificación personal a través de medios electrónicos. Decreto 806 de 2020 y Ley 2213 de 2022.

i). Como ya se vio, la primera de ellas fue la de exigir al libelista que en su demanda cumpliera las tres cargas descritas en precedencia, esto es, el juramento relativo a que el canal escogido es el utilizado por el demandado, la explicación de la forma en la que lo obtuvo y la prueba de esa circunstancia.

ii). La segunda, consistió en otorgar al juez la facultad de verificar la «*información de las direcciones electrónicas o sitios de la parte por notificar que estén en las (...) entidades públicas o privadas, o utilizar aquellas que estén informadas en páginas web o en redes sociales*» (Parágrafo 2° del art. 8 ibidem). Precepto sobre el cual se predicó en juicio de constitucionalidad que: «*(...) la medida no tiene objeto distinto al de dotar a las autoridades de herramientas acordes con*

los avances tecnológicos, que faciliten la obtención de la información, y lleven al interesado a conocer las actuaciones en su contra. De manera que, más que presentarse como la vía principal para obtener la información, **se trata de una herramienta adicional para que el juez, como director del proceso, pueda dar celeridad al trámite (...).**

La Sala considera que la medida aquí **analizada es efectivamente conducente para lograr notificar a las partes y agilizar y facilitar el trámite de los procesos judiciales**» (Subrayado y resaltado propio).

iii). La tercera, relacionada con el deber de acreditar el «envío» de la providencia a notificar como mensaje de datos al canal elegido por el demandante. En últimas, es de esa remisión que se deriva la presunción legal contenida en el canon en cita, esto es, que «*se entenderá realizada*» la notificación:

«*La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a contarse cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje*» (Subrayado y resaltado propios).

Al respecto, no sobra precisar que una cosa es el momento en el que se entiende surtido el enteramiento -dos días hábiles siguientes al envío de la misiva- y otra distinta es el inicio del término derivado de la providencia notificada que puede verse afectado si se demuestra que el destinatario no recibió el mensaje de datos. Sobre la distinción en comentario esta Sala predicó recientemente que: la Ley 2213 de 2022, por cierto, *replica en su inciso tercero una regla compuesta de dos*

partes, la primera idéntica a la que consagra el Decreto 806 de 2020 (“la notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje”), y la segunda con ciertas modificaciones, orientadas a que el computo de los términos de traslado inicien a partir del momento en que “el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario del mensaje como puede verse, en ambos casos la pauta legal diferencia dos fenómenos muy distintos: la notificación personal de una providencia que esta sujeta a esa especial forma de enteramiento, y el hito inicial del término de traslado de la demanda, es decir, el punto de partida del plazo que confiere la ley al demandado para ejercer su derecho de contradicción”. (STC106892022).

iv. También se consagró la **posibilidad** que tienen las partes de «implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos», obvia resaltar, sin limitarse al correo electrónico como canal de comunicación posible. En esa línea de pensamiento, avaló la **opción** de «hacer uso del servicio de correo electrónico postal certificada y los servicios postales electrónicos definidos por la Unión Postal Universal -UPU- con cargo a la franquicia postal».

v. Finalmente, como una de las medidas más garantistas del derecho de defensa y contradicción del demandado, el legislador optó por salvaguardar expresamente el derecho que asiste al destinatario de la notificación, de ventilar sus eventuales inconformidades con la forma en que se surtió el enteramiento mediante la vía de la solicitud de declaratoria de nulidad procesal.

En concreto, señaló que: *Cuando exista discrepancia sobre la forma en que se practicó la notificación, la parte que se considere afectada **deberá manifestar bajo la gravedad del juramento, al solicitar la declaratoria de nulidad de lo actuado, que no se enteró de la providencia, además de cumplir con lo dispuesto en los artículos 132 al 138 del Código General del Proceso.***

(...)» **(Subrayado y negrita fuera de texto)**.
Proveído completo Radicado [STC16733-2022](#), Expediente No. 68001-22-13-000-2022-00389-01 del 14 de diciembre de 2022.



Martha Flor Lozano Bernal

Relatora

relatoriatribunaljpm@justiciamilitar.gov.co

Conmutador: 60(1) 5169563 Ext 1512

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