



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 consultar las providencias en la Página Web:

<https://www.justiciamilitar.gov.co>

I. PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL ABRIL 2023

1. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA vs IN DUBIO PRO REO: Aplicabilidad en materia penal. La presunción de inocencia ha sido erigida como una garantía constitucional integrante del derecho fundamental del debido proceso, reconocida por el artículo 29 de la Constitución Política, ello en consonancia con lo referido en tratados internacionales que en materia de derechos humanos han sido ratificados por el estado colombiano, verbigracia el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta garantía supralegal también ha sido desarrollada en normas de derecho positivo de menor categoría, entre ellas los artículos 197 y 209 de la Ley 522 de 1999, así como el artículo 178 de la Ley 1407 de 2010. En ese sentido la presunción de inocencia se encuentra intrínsecamente ligada al principio rector del *in dubio pro reo*, siendo del caso traer a colación pronunciamientos en que el órgano guardián de la incolumidad de la Carta Política refirió: *“Como queda visto, el proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. También cumple su finalidad constitucional cuando absuelve al sindicado. Es decir, a éste le asiste en todo momento la presunción de inocencia y el derecho de defensa, consecuencia de lo cual se impone el in dubio pro reo, que lleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, esté acorazado con la presunción de inocencia debe ser absuelto.” (...)*. Lo anterior, resulta plenamente acorde con los dictados propios de la axiología que inspira a la Carta Política y que cimenta un Estado de

Derecho como el colombiano, pues si el Estado, quien detenta el ejercicio de la acción penal y a quien corresponde verificar fehacientemente si aquel que es señalado de cometer una conducta que reúne las características de punible, en realidad lo hizo, sin que en ello mediara justificación jurídicamente atendible, no cumple con una carga tal y por ende la presunción de inocencia que acompaña a aquel no es derruida, resulta más que lógico que la causa seguida en su contra se resuelva a su favor. Para proferir sentencia condenatoria, demanda como presupuesto *“la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado”*, precepto que guarda consonancia, con lo establecido en el código de 2010 sobre el mismo punto de Derecho, ello al exigir que para impartir sentencia condenatoria sea menester contar con el *“convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable”*. Salta a la vista, así, que trátase de esta o de aquella normatividad, la convicción sobre la responsabilidad del procesado corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional (si ocurre A, entonces, necesariamente acontece B) y, por tanto, relativa o aproximativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido. En consecuencia, sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional debido a la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad penal del acusado, es posible acudir a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esto es, resolver la vacilación

probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado. Lo anterior, no se ha de entender en el sentido que se ha de declarar la existencia de duda con incidencia en el juicio de responsabilidad penal, y por ende viabilizar la operancia del *in dubio pro reo*, ante el primer fracaso por establecer la verdad de lo acontecido -verdad que se obtiene mediante pruebas y refutaciones (*nulla acusatio sine probatione*)-, o ante el no establecimiento de todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que rodearon la conducta humana investigada, pues si bien no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, se habrá de analizar en cada caso concreto si aquellos aspectos que no fueron establecidos resultan intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto y de cara a la materialidad y existencia del delito o a la responsabilidad del acusado, o no. En el primer evento se habrá conseguido la certeza racional requerida para proferir fallo de condena, mientras que en el segundo caso se estará ante aspectos sustanciales cuya no demostración, directa o indirecta, imponen constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, duda que imposibilita que el poder punitivo del Estado se materialice en una declaratoria de responsabilidad penal y por ende en una condena. **IN DUBIO PRO REO: Circunstancias que lo germinan:** i) han de obedecer a hechos objetivos no susceptibles de sortear con la diligencia que ha de caracterizar la labor judicial; ii) no han de ser producto de apreciaciones subjetivas e hipotéticas del sujeto procesal que reclama su operancia sin sustento real en la urdimbre procesal y probatoria; iii) no han de radicar en la simple contradicción entre dos versiones o entre dos hipótesis; y iv)

tampoco pueden versar sobre aspectos ajenos a los señalados en los precedentes párrafos, esto es, a la materialidad del delito o a la responsabilidad penal del acusado. Razón esta última por la cual, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, unas circunstancias tales han de tener entidad y suficiencia como para crear una insuperable incertidumbre sobre aquellos aspectos, mismos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles. Es por ello por lo que, para proferir sentencia de carácter condenatorio, 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, en los términos de los artículos 396 y 401 de la Ley 522 de 1999.

CERTEZA: Noción. Es menester reafirmar que 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.

Reseña jurisprudencial. En efecto, 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 incontestable 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. **LA DUDA: Fundamento de la absolución.** La duda 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.** Concluyendo, que es factible pregonar el principio de duda a favor del procesado 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. **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: Alcance.** No cabe duda de que 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, habrá de

precisarse que, 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. **Reseña jurisprudencial. CERTEZA: Requisito para proferir sentencia condenatoria.** De acuerdo con lo dispuesto por el legislador en el artículo 396 de la Ley 522 de 1999, se tiene que la certeza, se erige como el presupuesto fundamental requerido para dictar sentencia de carácter condenatorio. **Reseña jurisprudencial.** Por lo que, la duda que determina la imposibilidad de arribar a la certeza racional sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, precisa ineludiblemente a la expedición de un fallo de carácter absolutorio, siempre y cuando, las dudas tengan la entidad suficiente para generar incertidumbre sobre aquellos aspectos que permitan la aplicación del principio de *in dubio pro reo*. (CSJ.SP. Rad. 17866 jul-2003), por lo que, para ello se han de identificar los errores de valoración de la prueba y su incidencia en la decisión de condena. Cabe señalar que, tal y como lo ha dispuesto la Corte Constitucional en Sentencia C-495 de 2019, la certeza o convicción racional equivale a un estándar probatorio denominado de convicción más allá de toda duda razonable por lo que, para poder ejercer el poder punitivo del Estado, no se requiere de una certeza absoluta, sino que las pruebas válidamente recaudadas demuestren la reunión de los elementos de la responsabilidad y, al respecto, no existan dudas derivadas de la insuficiencia probatoria o de contradicciones probatorias insuperables a partir del examen conjunto del expediente. En suma, se hace insostenible proferir

o confirmar una decisión de carácter condenatorio cuando la misma basa sus argumentos en hechos que al interior del sumario no logran establecer, más allá de toda duda razonable, la ocurrencia material del hecho y/o responsabilidad del enjuiciado, deviniendo con ello en un fallo absolutorio, nacido no de una prolija investigación que así lo determine, sino que, por el contrario, de la suma de los yerros emanados de una deficiente instrucción que deja sin resolver vacíos protuberantes que a la hora de condenar se tornan en insalvables e imposibles de ignorar o suplir con otros medios probatorios disponibles. **INDICIO: Noción y Valor probatorio.** Un indicio es todo hecho o circunstancia conocida, del cual se infiere, por sí solo o juntamente con otros, la existencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica y/o de raciocinio; de esa definición y de la jurisprudencia. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que, los indicios tienen un valor probatorio relevante que le permiten al juez extraer conclusiones probatorias determinantes en los procesos, pudiendo entonces el juez desvirtuar la presunción de inocencia mediante el uso de indicios. Por tanto, incluso cuando las pruebas directas no acreditan completamente la responsabilidad penal sí es posible complementarlas con indicios. De acuerdo con ello, tal y como prolíficamente lo ha resumido la Corte Constitucional en sentencia T-073 de 2023, la convicción judicial en un proceso penal se puede formar sobre la base de una prueba indiciaria, siempre y cuando ésta sea valorada de manera adecuada. **INDICIO: Elementos para su construcción.** (i) debe existir un hecho indicador debidamente probado, (ii) un juicio de raciocinio explícito que consiste en la aplicación de una máxima de la experiencia, principio de la lógica o postulado científico que le otorga fuerza

probatoria al indicio y conectan el hecho indicador con el hecho indicado; y (iii) un hecho indicado o conclusión, que es la consecuencia extraída de la aplicación de esa máxima, principio o postulado al hecho indicador. La Corte, también ha señalado que el alto grado de probabilidad para probar un delito no solo está dado por la construcción correcta de un indicio, sino también por la concordancia y convergencia entre distintos indicios, luego de analizarlos de manera conjunta. Tal concordancia hace referencia a que los indicios no se excluyan entre sí y la convergencia, a que todos apunten a la misma conclusión de cara a constituir certeza. **CONSTRUCCIÓN DEL INDICIO: Conexión entre el hecho indicador y el hecho indicado.** La misma Corporación ha establecido que el estándar de conocimiento requerido para emitir un fallo condenatorio se logra cuando, al revisar la relación, convergencia y concordancia de los hechos demostrados y su relación lógica con el hecho indiciado, existe un grado de veracidad alto sobre la responsabilidad penal. Así pues, para que los indicios resulten concluyentes, la jurisprudencia ha enfatizado que la conexión entre hecho indicador y hecho indicado debe ser lógica, no debe surgir de la imaginación o arbitrariedad del juez y no deben existir pruebas en contrario que desestimen la validez de los elementos constitutivos del indicio. Así pues, para que los indicios tengan fuerza probatoria para fundamentar una condena penal, de acuerdo a los precedentes fijados por la Corte Suprema de Justicia, es necesario que: (i) cada indicio esté debidamente construido a partir de un hecho efectivamente probado, una máxima de experiencia, principio de lógica o regla de la ciencia y que, una vez hecho ese juicio de raciocinio, se pueda extraer un hecho indicador o una conclusión; y (ii) al ser analizados de manera conjunta, los

indicios tengan concordancia y convergencia. Esto es que, la correcta valoración de la prueba indiciaria le exige al juez penal demostrar que los indicios son graves, es decir que son la causa más probable de un hecho, y que sean convergentes; esto último quiere decir, que los indicios deben llevar a la misma conclusión y no probar distintas hipótesis. Finalmente, se requiere que la regla de la experiencia tenga fuerza argumentativa complementada por la convergencia de los hechos demostrados.

INVESTIGACIÓN INTEGRAL: Alcance. Al hacerse referencia a la investigación integral aludimos al principio del debido proceso 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, así como las expuestas en el mismo sentido por la víctima o de aquellos que comparecen y ofrecen datos que permitan esclarecer los hechos objeto de investigación. De esta manera cuando se hace alusión al quebrantamiento del principio de investigación integral, se está hablando de los medios de convicción que se dejaron de practicar, su fuente, la pertinencia, conducencia, utilidad y trascendencia, los cuales emanan de la confrontación lógica que se realiza con el acervo probatorio recaudado, con ánimo 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. En estas condiciones, para la configuración de la violación al deber de investigación integral, no basta con enlistar la omisión probatoria en sí misma, sino su relevancia real frente a los hechos establecidos a lo largo de la investigación a través de los elementos de convicción allegados al plenario, con miras a afectar la lógica argumentativa y conclusiones elaboradas por el ente acusador, pues sólo así se logra evidenciar la trascendencia de la omisión probatoria y su idoneidad para traer al expediente un conocimiento más real sobre los hechos.

RAD. 159633 -28-ABR-2023- LESIONES PERSONALES - APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA – MP. CR. ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA. REVOCA Y ABSUELVE.

2. DOLO: Particularidades. La doctrina y la legislación confluyen en que, hay dolo cuando el agente realiza la conducta tipificada en la ley, a sabiendas de su prohibición y lo hace con voluntad de llevarlo a cabo, de donde se desprende que está conformado por dos momentos: uno intelectual, cognitivo o cognoscitivo y otro voluntario, o volitivo; por eso emplea la ley las expresiones “conocer” y “querer” (conoce y quiere: Código Penal, artículo 22). Es por ello que, el Dolo es eminentemente subjetivo, y en consecuencia, para inferir el propósito que acompañó al sujeto activo al momento de realizar el acto reprochado es indispensable, analizar

cuidadosamente el contexto íntegro dentro del cual se produjo la conducta, las circunstancias antecedentes, coetáneas y posteriores, la tarea que le correspondía hacer, los medios utilizados, la forma de uso, la responsabilidad con que la asumió, las condiciones personales, entre otros, son datos objetivos que se constituyen en la base fundamental para escudriñar la finalidad buscada. **Reseña jurisprudencial. INCAUTACIÓN DE ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS: Procedimiento legal.** El Decreto 2535 de 1993 en su artículo 84, plasma: *“Incautación de armas, municiones y explosivos. La Incautación procede en todos los casos en que se posea o porte un arma, munición o explosivo y sus accesorios sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en este Decreto. La autoridad que incaute está en obligación de entregar a su poseedor un recibo en que conste: Lugar y fecha, características y cantidad de elementos incautados (clase, marca, calibre, número y estado), nombres y apellidos, número del documento de identidad y dirección de la persona a quien se le incautó, cantidad de cartuchos, vainillas u otros elementos incautados, número y fecha de vencimiento del permiso, Unidad que hizo la incautación, motivo de ésta, firma y postfirma de la autoridad que lo realizó. La autoridad que efectúa la incautación deberá remitir el arma, munición o explosivo y sus accesorios y el permiso o licencia al funcionario competente, con el informe correspondiente en forma inmediata. PARÁGRAFO 1.- El incumplimiento de lo aquí dispuesto, por parte de las autoridades, se considerará como causal de mala conducta para efectos disciplinarios...”* **PECULADO POR DEMORA EN LA ENTREGA DE ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS: Estructuración de la conducta.** Para que se pueda hablar de esta conducta, debe haber precedido un decomiso de estas o

que se hubieren recibido decomisadas o incautadas. Al respecto, con providencia emitida por esta misma Corporación, en punto del delito referido dijo: *“(...) la norma es clara en señalar que la conducta a reprimir es cuando se ha realizado “un decomiso” de armas, municiones o explosivos o se “recibieren” decomisadas o incautadas; refiriéndose la palabra decomiso en este contexto al procedimiento policial o judicial realizado mediante acta de incautación y que dichos elementos se hallen en poder de algún funcionario que llevó a cabo el mismo o recibió dichos elementos y que por inobservancia de las normas, en forma injustificada, no las entrega a la autoridad correspondiente dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha del decomiso o recibo. (...).* **INCAUTACIÓN DE ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS: Procedimiento y manejo del lugar de los hechos.** En la realización de registros y allanamientos por parte de la Policía Nacional cuando se encuentren armas, previa a su incautación la que debe ser objeto de la cadena de custodia, implica que efectúen las indagaciones correspondientes en el lugar de los hechos, sobre su propietario o tenedor, como la legalidad en la tenencia en los términos del Decreto 2535 de 1993 y solo si se dan las circunstancias para su incautación de conformidad con el artículo 85 del mencionado decreto, proceder a ello dejando constancia en un acta de incautación de elementos, para ser puestos a disposición de la autoridad competente. Ello es así, en tanto los miembros de la Policía Nacional en cumplimiento de su misión constitucional y como servidor público es el encargado de mantener y garantizar el libre ejercicio de las libertades públicas y la convivencia pacífica de todos los habitantes del territorio nacional y con unas finalidades muy claras. La Resolución 00912 de

2009 artículo 36 contempla los finés del servicio de policía. Pero más allá de toda esta normatividad sustancial encaminada a direccionar la actividad policial en Colombia cuando del hallazgo e incautación de elementos se trata, de la cual todo policía está en capacidad de conocerla, acatarla y desarrollarla porque hace parte del pensum académico en su etapa de formación, cuyo requisito entre otros para ser nombrado como Patrullero es aprobar las materias en su totalidad, deviene también una responsabilidad grande al policial en el tema de incautación de elementos, especialmente de armas de fuego, pues ello además de estar regulado en el Decreto Ley 2535 de 1993 capítulo 14, también existen sendas normativas de obligatorio cumplimiento y es así como tenemos el Manual de Cadena de Custodia y el Manual de Procedimiento para Cadena de custodia, documentos que enrutan al policial sobre el procedimiento a seguir cuando ha incautado elementos o sustancias. **Reseña reglamentaria. INCAUTACIÓN: Noción. Reseña legal.** La incautación es un procedimiento que no puede ser ajeno a la función policial y al conocimiento del procesado por su calidad de policial, donde a diario se ven abocados a esta clase de actuaciones. **LEY 890 DE 2004: Error en la aplicación del incremento punitivo.** El aplicar la dosificación punitiva tomando los mínimos y máximos de la pena con el incremento establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, el cual no tiene aplicación en la Justicia Penal Militar y Policial, se incurre en error, en tanto este incremento en su momento lo trajo el legislador en punto de la aplicación de negociaciones, acuerdos entre procesado y fiscalía, propio del sistema penal oral acusatorio regido en este momento por la Ley 906 de 2004, no así para la justicia castrense regido por la Ley 522 de 1999, en tanto no se implemente el sistema oral

acusatorio en esta jurisdicción, pese a existir la Ley 1407 que se asimila en gran parte al sistema oral de la justicia ordinaria. Por tanto, se deben tener en cuenta los extremos punitivos consagrados en la Ley 599 de 2000, sin los aumentos de la Ley 890 de 2004. Se tiene que la Ley 890 de 2004, fue sancionada el 7 de julio de 2004, empezó a regir a partir del 1º de enero de 2005, a excepción de los artículos 7 al 13 que lo hicieron en forma inmediata, en cuanto, introdujeron nuevos tipos penales e incrementando las penas respecto de los delitos de falso testimonio, soborno y fraude procesal, sobre este particular nuestro órgano de cierre referenció lo siguiente: *“Si bien es cierto, esta corporación ha sostenido que el incremento de penas insertado en el Código Penal para todas las conductas delictivas por vía del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, solo es aplicable a comportamientos cuya investigación y juzgamiento se haga bajo el rito de la Ley 906 de 2004, es necesario aclarar que dicha interpretación solo hace alusión al aumento generalizado de penas para todos los delitos, más no al referido a ciertas conductas en particular y que son las señaladas en los artículos 7º al 13 de la Ley 890, ya que el legislador no quiso condicionar su vigencia al sistema que definiera el procedimiento a seguir, pues resulta claro que para julio 7 de 2004, fecha de expedición de esa ley y vigencia de sus artículos 7º al 13, aún no había entrado a regir el sistema penal acusatorio en ninguna parte del país”*. Por consiguiente, similar situación ocurre en los procesos tramitados por la jurisdicción penal castrense en el marco de la Ley 522 de 1999, en tanto, el esquema procesal aplicado no contiene las figuras de preacuerdos y negociaciones en los términos contemplados en la norma adjetiva ordinaria de 2004. De acuerdo con el artículo 397 del Código Penal

de 2000, el peculado por apropiación se sanciona teniendo en cuenta que el arma objeto de apropiación tiene un valor inferior a los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, con una pena de entre 4 a 10 años de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa equivalente al valor de lo apropiado. **ATENUACIÓN PUNITIVA: Eventos para su aplicación.** Si el bien fue entregado antes de iniciarse la respectiva investigación, se dará aplicación a lo reglado por el artículo 401 de la Ley 599 de 1999. **Reseña legal. APELACIÓN: Obligación de sustentar la inconformidad. Reseña jurisprudencial. RAD. 159339 – PECULADO POR APROPIACIÓN - 26-ABR-2023 - APELACIÓN CONDENA – MP. CR. JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA. CONFIRMA PARCIALMENTE.**

3. NULIDAD: Proposición y sustentación. Siguiendo los derroteros trazados por la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia en la materia, que, si bien para la proposición y sustentación de las nulidades no se exigen fórmulas sacramentales específicas, ello no implica que la correspondiente pretensión pueda estar contenida en un escrito de libre confección en tanto que no cualquier anomalía o irregularidad conspira contra la vigencia y legitimidad del proceso. Lo anterior, por cuanto la afectación que se alegue debe ser esencial y estar vinculada en calidad de medio para socavar algún derecho fundamental de las partes o intervinientes, queriendo decir ello que una pretensión orientada a que se declare una sanción extrema de tal naturaleza, debe ajustarse a ciertos parámetros lógicos que permitan comprender el motivo de ataque, el yerro sustancial alegado y la manera como el acto procesal cuya anulación se demanda quebrantó la estructura del proceso o afectó las

garantías de los sujetos procesales. **NULIDAD: Principios.** La declaratoria de nulidad requiere que quien alega la configuración de un motivo invalidatorio especifique la causal que invoca y plantee los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); que demuestre que el acto que tilda de irregular es sustancial en tanto afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso (principio de trascendencia); que lo alegado concuerde con alguna de las circunstancias previstas en la normatividad aplicable (principio de taxatividad); que el acto cuya invalidez se busca, no haya cumplido la finalidad para la cual estaba destinado (principio de instrumentalidad de las formas); que a la ocurrencia de dicho acto no haya contribuido el sujeto procesal que la reclama (principio de protección); que la irregularidad no haya sido convalidada por la parte presuntamente perjudicada con la misma (principio de convalidación); y que no exista otra forma para subsanarla (principio de residualidad o subsidiariedad). Estos parámetros, de origen legal y desarrollo jurisprudencial, son regulados en nuestro ordenamiento jurídico bajo el *nomen iuris* de “*principios que orientan la declaratoria de las nulidades y la convalidación de actos irregulares*” y se erigen en criterios de inexcusable observancia para quien solicita la declaratoria de una nulidad, fungiendo, a la vez, como precisos derroteros para el operador judicial en aras de adoptar la determinación que en Derecho corresponda, siendo del caso recordar que a los mismos la doctrina ha agregado el principio de seguridad jurídica o de conservación, según el cual antes del decreto de una nulidad es necesario tratar de darle validez a la actuación dudosa siempre y cuando no se afecten las

garantías constitucionales y derechos fundamentales, y el principio de judicialidad, consistente en la vigencia del acto y sus efectos mientras judicialmente no se ha declarado nulo. **DOBLE INSTANCIA: Parámetros y Límites.** La doble instancia, o “juicio del juicio”, es para la parte, y haciendo propio lo expresado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, una “ultragarantía” constitucional que materializa el debido proceso, la impugnación, la contradicción, la defensa y el acceso a la administración de justicia y tiene por objeto que se revise una decisión para corregir errores, agravios, arbitrariedades, mantener, restablecer o proteger derechos y lograr que las providencias judiciales acaten el régimen de un orden justo, propósitos que se logran ante un juez jerarquizado -*Ad quem*-, que puede revocar, confirmar, anular, sustituir o modificar el auto o la sentencia del *A quo*. Pero su ejercicio, no se traduce en una amplia libertad de pronunciamiento para el juez de segunda instancia (singular o plural), en tanto no se trata de una nueva oportunidad para la confección y emisión de un juicio fáctico y jurídico sobre el asunto debatido, ni de un escenario para revivir etapas procesales ya precluidas, pues por virtud del denominado “Principio de Limitación” la labor de aquel funcionario se circunscribe, salvo las excepciones de ley a este último principio, 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 apalancamiento en el ejercicio dialéctico a que éste acude con miras a demostrar sustentadamente los yerros o las incorrecciones en que incurrió el servidor judicial autor de la decisión al momento de la elaboración de los fundamentos. Premisa considerativa que ha llevado a este Tribunal a consolidar

una línea de pensamiento uniforme y pacífica en punto a que, habida cuenta de la teleología de la norma penal militar que impone la sustentación del recurso interpuesto, quien acuda al ejercicio del derecho a la doble instancia no sólo lo haga en tiempo, sino que además establezca por vía de una dialéctica argumentativa lógica, precisa, coherente, sustentada y clara, con exposición de premisas fácticas y jurídicas, el yerro en el que incurrió el funcionario autor de la decisión confutada y su trascendencia, atacando los planteamientos enarbolados por aquel y, de contera, el contenido dialéctico de la decisión, determinando - en el interregno- una mejor solución a la planteada por aquel dispensador de justicia en tanto resulta acorde con el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia, la doctrina y/o el acervo probatorio propio de la respectiva causa penal, esto al punto que en realidad de verdad el recurso, por un lado, apareje una disconformidad con la providencia judicial objeto de ataque y, por otra parte, determine los linderos por los que ha de discurrir el razonamiento jurídico racional del administrador de justicia -singular o plural – llamado a resolver la impugnación sometida a su conocimiento, derruyendo de paso la presunción de acierto y legalidad que acompaña a aquella, imponiéndose –se itera- su necesaria revocatoria y reemplazo o su anulación según el caso. **APELACIÓN: Falencias en la sustentación del recurso.** *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 recurrida; *iii*) contiene argumentos dilógicos, anfibológicos, genéricos, vagos o imprecisos; *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, al resolver aquellas como lo hizo; o *vi*) incumple la carga argumentativa que incumbe al discrepante por cuanto no se demuestra que de no haber ocurrido las falencias valorativas que se acusan, otro habría sido -o podido ser- el sentido de lo sustancialmente decidido.

DECLARATORIA DE DESIERTO: Razones que la conducen. Inconcuso resulta así, que la labor de la segunda instancia, que halla su derrotero a partir de los sustentados argumentos que ha de presentar el recurrente, se reitera, resulta imposible de acometer, inoperante si se quiere, si unos argumentos tales no existen; existen pero comportan una crítica genérica o subjetiva de la decisión sin señalamiento de los yerros *-in iudicando o in procedendo-* que la hacen pasible de revocatoria o reemplazo así se le pretenda dar visos jurídicos; o, sencillamente, se reproducen los enarbolados en primera instancia y respecto de los cuales ya hubo el pertinente pronunciamiento judicial, resulta 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. Resulta más que procedente evocar que en materia de impugnación de decisiones judiciales el recurso de apelación no puede

confundirse con un ejercicio dialéctico de libre confección, menos aún con un acto intrascendente en el que basta para entenderse cabalmente impetrado que quien impugna declare inconformidad general con el pronunciamiento objeto de disenso tildándolo insustentadamente de injurídico, que no determine el yerro en el que incurrió el funcionario judicial, que no brinde una mejor solución jurídica – cimentada en premisas fácticas y jurídicas – a la planteada por el funcionario y/o que insista simple y llanamente en sus alegatos de instancia sin ninguna otra elucubración frente a la decisión judicial confutada -ello al punto que se termine confundiendo la naturaleza rogada de este recurso con una obligada y oficiosa revisión del proceso como se dijere *ut supra*. **RAD. 159333 – ABANDONO DE COMANDOS ESPECIALES - 28-ABR-2023 – APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA – MP. CR. SANDRA PATRICIA BOTÍA RAMOS. DECLARA DESIERTO.**

4. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD:

Aplicación. Sobre la aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal, esta pretensión, no puede materializarse, simple y llanamente, como un ejercicio de ponderación punitiva o de las denominaciones que el legislador ha dado a cada instituto jurídico o cada acto procesal, sino que su valoración y análisis debe tener una clara razonabilidad y una construcción lógica en lo que atañe a la existencia de dos procedimientos, por ello, además debe comprender un estudio riguroso en las siguientes temáticas: i) Sistemas procesales vigentes. ii) Presupuestos exigidos para su aplicación; iii) Al trámite que debe cumplir; iv) Y a la finalidad que busca cada uno de los regímenes. Adicional, cuando hay coexistencia de sistemas procesales, uno de tendencia inquisitiva mixta y otro caracterizado por la oralidad en sus

procedimientos, reiterando, que el sistema acusatorio, se encuentra en este momento en una fase de implementación en la ciudad de Bogotá de acuerdo al Decreto Presidencial No. 1768 de 2020, por medio del cual se modifica el artículo 2.2.2.2 del Título 2 *“adaptación de medidas para implementar el sistema penal acusatorio.”* **Reseña jurisprudencial. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL: Sistema inquisitivo vs Sistema oral acusatorio. Rito procedimental diferentes.** La interrupción de la prescripción de la acción penal está condicionada a la dinámica de los diferentes actos procesales desarrollados en cada uno de los procedimientos fijados en cada sistema, por ende, la caracterización de la Ley 522 de 1999, es notoriamente diversa a la Ley 1407 de 2010, por lo que no se podría sustentar equivalencias, en un trámite de tendencia inquisitiva, con un sistema procesal acusatorio, este último, que requiere todo un andamiaje en policía judicial, fiscalía penal militar, jueces penales militares de garantías, jueces de conocimiento, especializados y jueces de ejecución de pena, que si bien es cierto, se encuentra en un proceso de implementación, su adecuación, solo se ha concebido en la ciudad de Bogotá. Precizando sus pautas procedimentales, que se definieron dentro del marco establecido en la Ley 522 de 1999: *“Auto de apertura, acto de vinculación, acto de definición de situación jurídica, acto de calificación del mérito de la investigación, fase de juzgamiento, corte marcial y sentencia”*. Bajo la óptica de los razonamientos precedentes, se hace necesario señalar que no existe discrepancia alguna en que el hecho haya ocurrido en vigencia de la Ley 1407 de 2010, tampoco, sobre la aplicabilidad de

las normas sustanciales contenidas en la parte general y especial de la citada sistemática desde el 17 de agosto de la misma anualidad, data en que fue publicada en el diario oficial, pero debe advertirse que, el procedimiento allí establecido, el mismo legislador lo condicionó a la implementación del sistema acusatorio, luego, en este momento no existe norma que permita viabilizar el instituto de la prescripción en la forma prevista en la Ley 1407 de 2010. **Reseña jurisprudencial.** Conforme a estas consideraciones ha de predicarse, que el instituto de la prescripción, contenido en los artículos 76, 79 y 450 de la Ley 1407 de 2010, donde se decanta que la *“prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación”*, está concebido para operar dentro del sistema contradictorio, por ello, no es posible aplicarlo dentro de un proceso que se sigue bajo las ritualidades procedimentales de naturaleza inquisitiva, pues no existe identidad; al traerse ese instituto en la forma reglada en la nueva ley, para aplicarlo a un proceso seguido bajo la ritualidad del anterior estatuto procesal, comporta una grave afectación de lo vertebral del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo siendo imposible su viabilización. **RAD. 159430 – ABANDONO DEL SERVICIO DE SLV O P. - 17-ABR-2023 - APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA. MP. CR. JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO. CONFIRMA CONDENA.**

II. PRONUNCIAMIENTO RELEVANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SP083-2023 RAD. (59636) del 15 de marzo de 2023¹. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió la impugnación especial interpuesta por la defensa, contra la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibaqué, que revocó la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento del mismo Distrito Judicial, y en su lugar, declaró la responsabilidad penal por los delitos de peculado por uso en calidad de cómplice y de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio en condición de autor.

“Tribunal Superior de Distrito Judicial: Integración. Conforme a las reglas establecidas en el Acuerdo N.º PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017, Juez Colegiado. sus decisiones se deben tomar por mayoría absoluta de votos. **NULIDAD: Debido proceso.** No se configura, cuando el juez colegiado adopta su decisión por mayoría. El recurrente solicita la nulidad de la actuación surtida ante el tribunal, a partir de la radicación del proyecto de sentencia, por estar conformada la Sala de Decisión que emitió el fallo de segunda instancia por sólo dos magistrados, no tres, como lo dispone el inciso primero del artículo 19 de la Ley 270 de 1996. Sea lo primero precisar que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibaqué, como lo reconoce la defensa en su

escrito impugnatorio, está integrada por seis Magistrados que, a su vez, conforman seis Salas de Decisión de 3 magistrados cada una, integradas por un magistrado ponente, quien la preside, y los dos que le siguen en orden alfabético de apellidos y nombre, conforme lo prevé el artículo 9º del Acuerdo No. PCSJA1710715 del 25 de julio de 2017 , expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. Para el mes de febrero de 2021, la Sala de Decisión penal presidida por el magistrado G. L. R. S, se complementaba con las magistradas (...), siguiendo las directrices del mencionado Acuerdo. No obstante, la magistrada M. M. B. ejerció sus funciones hasta el domingo 28 de febrero de 2021, situación que determinó que, en la práctica, la mencionada Sala solo estuviera conformada por dos magistrados entre el 1º y el 7 de marzo de 2021, pues el 8 de marzo siguiente tomó posesión del cargo en provisionalidad, en su reemplazo, la doctora M. J. D. C. En el presente asunto, el proyecto de decisión fue radicado por el magistrado ponente G. L. R. S. el viernes 26 de febrero de 2021, motivo por el cual sólo podía ser puesto a consideración de la única magistrada que integraba la Sala en ese momento, esto es, la doctora J. I. M. A. Este proceder no constituye irregularidad alguna, como lo invoca el recurrente, porque la decisión se adoptó el 4 de marzo de 2021 por unanimidad, entendiéndose, por los dos magistrados que para ese momento conformaban la Sala de

¹ Corte Suprema de Justicia, SP083-2023 Rad. 59636 del 15 de marzo de 2023 MP. Fabio Ospitia Garzón.

Decisión, con respeto de las mayorías deliberatorias y decisorias, garantizándose de esta manera lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo PCSJA17-10715 de 2017, en concordancia con el canon 54 de la Ley 270 de 1996. No se trató, por tanto, como pareciera insinuarlo la defensa, de una exclusión arbitraria o caprichosa de uno de los magistrados que conformaba la Sala de Decisión, sino de la imposibilidad de su convocatoria por no hacer ya parte del tribunal, incidencia que autorizaba tomar las decisiones con el número de magistrados habilitados para hacerlo, al igual que ocurre, por ejemplo, cuando alguien está en licencia, o en permiso, o ha sido separado del conocimiento del proceso por estar impedido. Lo importante, insístase, es que al momento de resolver el caso exista quorum deliberatorio y decisorio y que la decisión se tome por mayoría, como ocurrió en este caso. Esta ha sido, por lo demás, la línea de pensamiento de la Sala, que hoy se reitera, en el sentido que estas situaciones, de común ocurrencia en el ejercicio de la función colegiada, no comporta afectación a garantías fundamentales del procesado ni irregularidad sustancial que amerite la nulidad de la decisión.

JUEZ COLEGIADO: Debate de proyectos de sentencia. A través del sistema de rotación. **NULIDAD - Principio de instrumentalidad.** No se configura cuando los proyectos de sentencia son debatidos por los integrantes de la Sala a través del sistema de rotación. El otro reparo del recurrente, consistente en que la decisión es ilegal porque la Sala de Decisión "ni siquiera deliberó porque nunca se reunió", desconoce que una forma también válida de discusión de los proyectos es la del sistema rotación entre sus integrantes, implementada por la práctica judicial para hacer más ágil su evacuación, en la que, al igual que en las

salas presenciales, se firma el proyecto si se comparten sus argumentaciones y sentido. En caso contrario, se hacen las observaciones pertinentes para su estudio por parte del magistrado ponente, o su discusión en Sala presencial o virtual, de ser necesario. Es lo que al parecer ocurrió en este caso, en el que se establece que el proyecto fue registrado y dado en traslado a la otra integrante de la Sala, quien, en señal de aprobación, suscribió el acta No. 162 del 4 de marzo de 2021, en la cual se lee: "estudiados y discutidos, previo registro del proyecto, por parte de los Magistrados, los siguientes proyectos...", proceder en que tampoco la Sala advierte irregularidad alguna, pues, se insiste, es claro que el proyecto fue estudiado y aprobado por los integrantes de la Sala de Decisión. No puede olvidarse que uno de los principios que orientan las nulidades - que el recurrente no justificó- es el de instrumentalidad de las formas, en virtud del cual, no se declarará la invalidez de lo actuado cuando el acto procesal cuestionado cumpla la finalidad prevista en la ley, siempre que no viole el derecho de defensa. Y no se advierte, ni el recurrente lo insinúa siquiera, que este procedimiento interno haya afectado las garantías del implicado o desvertebrado la estructura formal o conceptual del proceso. En consecuencia, las solicitudes de nulidad planteadas por el recurrente no prosperan.

PECULADO POR USO: Demostración. CÓMPLICE: Demostración: PECULADO POR USO: Elemento, sujeto activo calificado. PECULADO POR USO: Cómplice. Interviniente. En delitos especiales o de sujeto activo calificado: permite juzgar bajo la misma cuerda a quien, no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal, coejecuta la conducta con quien las ostenta.

COMPLICIDAD: *Elementos, acuerdo previo o concomitante, se configura.*
PECULADO POR USO: *Diferente al encubrimiento por favorecimiento.*
PECULADO POR USO: *No depende del menoscabo o deterioro de los bienes.*
PECULADO POR USO: *Se estructura. La defensa sostiene que el procesado, no puede ser condenado en condición de cómplice de esta conducta punible, porque no se acreditó la existencia de un acuerdo previo con el autor, lo cual, en su criterio, trasladaría su actuar al delito de favorecimiento, que no fue objeto de imputación ni acusación, razón por la que debe absolvérsele. Es decir, que sus alegaciones parten de aceptar, (i) la existencia de los hechos ocurridos (...) y (ii) la tipificación de los mismos en la hipótesis delictiva de peculado por uso. Pero no, el rol de cómplice de XXX, en el referido ilícito, que el tribunal declaró acreditado. En el ámbito jurídico, la Sala no advierte error alguno en la atribución del grado de participación atribuido al procesado, pues la jurisprudencia explica que, en los delitos de sujeto activo cualificado, el determinante y el cómplice no requieren reunir las especiales calidades calificantes del autor -para el caso, de servidor público, toda vez que no ejecutan de manera directa la conducta punible. Y en nuestro sistema existe además la categoría del interviniente, que permite juzgar bajo la misma cuerda a quien, no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal, coejecuta la conducta con quien las ostenta (Cfr. CSJ SP2339-2020, 1° jul. 2020, rad. 51444). La Sala tampoco encuentra incorrección alguna en las conclusiones probatorias del Tribunal.*

La responsabilidad (...) de participación y colaboración en la consumación del delito y de circunstancias que permiten deducir claramente la existencia de un acuerdo previo, que sin razón desconoce el

impugnante (...). De ese modo, asoma evidente la contribución al autor de la infracción delictiva, la cual, si bien no puede catalogarse de indispensable, sí resultaba importante como aporte accesorio en función de su realización. De ahí el grado de participación que le fuera atribuido y por el que finalmente fue condenado. [...]. Esto conduce a descartar el punible de encubrimiento por favorecimiento alegado por el impugnante, pues, en este ilícito, el sujeto agente solo interviene después de su comisión, para ayudar a eludir la acción de las autoridades o entorpecer la investigación, condiciones que no se cumplen en este caso, donde aparece probado que D. F. C. O. convino colaborar en la ejecución de la conducta que tipifica el delito de peculado por uso y realizó aportes en el proceso de ejecución. En consecuencia, se desestiman estos reparos. Restaría agregar, para responder a los argumentos de la primera instancia, que la circunstancia de hallarse en construcción la plataforma que fue indebidamente utilizada, a cargo de un contratista y por fuera de servicio, no determinaba que el bien dejara de ser patrimonio público, pues lo cierto es que hacía parte del aeropuerto y que sus instalaciones fueron usadas para fines totalmente distintos a los que estaban destinados. Además, recuérdese que el punible de peculado por uso no exige para su estructuración que se presente menoscabo material de los bienes, sino que basta la sola contradicción con el normal funcionamiento de la administración pública, puesta de manifiesto en la falta de escrúpulo por parte del servidor público en el manejo de las cosas que se le han sido confiadas por razón o con ocasión de sus funciones. Por ende, no es indispensable que se produzca deterioro, asunto que apropiadamente abordó el Tribunal al hacer eco de

varios precedentes de la Corte (CSJ SP, 24 enero 1996, rad.11114; CSJ SP, 14 agosto 2000, rad.11333; CSJ AP, 16 abr.2002, rad.18642; CSJSP, 2 sep. 2002, rad. 17703; CSJ AP, 19 nov. 2003, rad. 20308; CSJ SP, 2 dic. 2008, rad. 30597; CSJ SP, 24 jun. 2009, rad. 26909 y CSJ SP, 2 nov. 2011, rad. 37184, entre otras).

OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE MATERIAL PROBATORIO:

Concepto. *Ámbito de protección. Elementos. Sujeto activo indeterminado. Delito de conducta alternativa. Verbos rectores. Tipo penal en blanco. Elemento normativo. Elementos materiales probatorios y evidencia física.* Concepto. **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE MATERIAL PROBATORIO:** Configuración. El verbo rector debe recaer sobre un contenido probatorio. El artículo 454B del Código Penal describe la conducta en los siguientes términos: “El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en...”. Para la Sala resulta imperioso recordar que el mencionado tipo penal fue adicionado al estatuto punitivo a través del artículo 13 de la Ley 890 de 2004, cuya exposición de motivos, de acuerdo con el Proyecto de Ley No. 01 de 2003 Senado -de autoría de la Fiscalía General de la Nación, simplemente reseñaba que la adición del Capítulo Noveno «Delitos contra medios de prueba y otras infracciones» al Título XVI «Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia», obedecía a «la entrada en vigencia de un nuevo sistema procesal penal [el cual] reclama figuras novedosas que aseguren el funcionamiento del sistema. Sin ellas quedaría debilitado y se pondría en peligro su funcionamiento...».

Es la ponencia para primer debate la que, además de explicar que del amplio texto del proyecto original sólo se debatirían “los artículos que guardan íntima relación con la implementación del sistema acusatorio”, clarificó que la penalización de las conductas inscritas en los delitos contra los medios de prueba tenía por propósito: *salvaguardar el adecuado desarrollo del proceso penal, la integridad del material probatorio que se recaude y el cabal cumplimiento de los deberes de cada uno de los sujetos procesales en el desarrollo de las audiencias. Las particularidades que en adelante tendrá el sistema de investigación y juzgamiento en materia penal hacen conveniente tomar medidas que aseguren la efectividad de las diligencias y etapas procesales de la manera más segura y pronta. En relación con su estructura típica, resulta importante precisar que es, (i) un tipo penal de sujeto activo indeterminado, porque puede ser cometido por cualquier persona, (ii) de conducta alternativa, en cuanto se realiza a través de los verbos “ocultar”, “alterar” o “destruir”, y (iii) en blanco, porque para establecer el contenido del ingrediente normativo «elemento material probatorio» debe acudir a la reglamentación instituida en el Código de Procedimiento Penal. La acreditación de su componente objetivo implica demostrar, (i) la existencia de un “elemento material probatorio” de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, (ii) su ocultamiento, alteración o destrucción por parte del sujeto agente, y (iii) que la conducta se realice para evitar que el elemento material probatorio se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, en un proceso penal. Como se ha dejado visto, para el complemento del tipo penal definido por el canon 454B del Código Penal, el legislador trae como*

referente específico normativo de reenvío, el listado de los “elementos materiales probatorios” relacionados en el Código de Procedimiento que acoge el sistema acusatorio, es decir, la Ley 906 de 2004, cuyo artículo 275 es del siguiente tenor:

ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA.

Se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes: a) Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva; b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva; c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva; d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal; e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí; f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público; g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen; h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente. Esto significa que la acción de «ocultar»,

«alterar» o «destruir» debe recaer sobre cualquiera de estos elementos materiales de prueba para que la conducta sea típica y pueda ser motivo de reproche penal, no solo porque así lo exige la norma al disponer que el elemento material probatorio sobre el que se proyecta la conducta debe ser de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, sino porque es claro que lo que se pretende proteger con ella es, en general, el medio de prueba. Es imprescindible, por tanto, para la tipificación del punible, que el elemento sobre el cual recae la conducta de “ocultar”, “alterar” o “destruir” esté dotado de contenido probatorio, es decir, que comprenda evidencia susceptible de ser usada como medio cognoscitivo o de prueba en un proceso penal, pues, de no tener contenido probatorio, no habrá lugar a la imputación del delito, por ausencia del elemento normativo y porque la conducta no tendría objeto sobre el cual proyectarse. Restaría precisar que la disconformidad existente entre la expresión «elemento material probatorio» utilizada por el tipo penal y la expresión «elementos materiales probatorios y evidencia física» utilizada por el artículo 275 del Código de Procedimiento Penal, ninguna incidencia tiene en el proceso de verificación de la configuración del elemento normativo, por tratarse, en criterio de la Sala, de expresiones sinónimas. En la decisión CSJ AP, de 15 octubre de 2008, radicado 29626. [...]

Al margen de la discusión académica y doctrinal que conceptualiza y diferencia las expresiones «elemento material probatorio» y «evidencia física», lo cierto es que el legislador de 2004, al adicionar al Código Penal el artículo 454B, hizo expresa referencia a la noción de «elemento material probatorio», que para efectos de la presente decisión es imperioso desagregar: Por “elemento”, la

primera acepción del Diccionario de la Lengua Española indica: “parte constitutiva o integrante de algo”. El adjetivo «material» se refiere a lo «perteneciente o relativo a la materia» y esta última a la “realidad espacial y perceptible por los sentidos de la que están hechas las cosas que nos rodean y que, con la energía, constituye el mundo físico” Y el adjetivo “probatorio” indica aquello “que sirve para probar o averiguar la verdad de algo” Esto, para insistir en que el elemento material o la evidencia física objeto de «ocultamiento», “alteración” o “destrucción”, deben estar provistos de contenido o significado probatorio, para que la conducta pueda subsumirse en el tipo penal que define el artículo 454B del Código Penal.

OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO: Demostración.

Configuración, el verbo rector debe recaer sobre un contenido probatorio.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO: Elementos materiales probatorios y evidencia física: cámaras de vigilancia, concepto.

OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO - No se configura: cuando la conducta consiste en manipular los ángulos de enfoque y de fijación de las cámaras de seguridad para evitar que registre el evento delictivo.

DOBLE CONFORMIDAD: Sentencia: revoca parcialmente y confirma absolución de primera instancia. **LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA** – Procedencia. [...]

Es decir, que el procesado, no está acusado y condenado por alterar un elemento material probatorio, sino por impedir que se constituyera uno que tuviera la capacidad demostrativa para averiguar la verdad de lo ocurrido respecto de la materialidad de la conducta punible y los posibles responsables de ella, a través de

la manipulación del enfoque y direccionamiento de las cámaras de seguridad del aeropuerto. Este supuesto fáctico no estructura el tipo penal de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, que define el artículo 454B del Código Penal. Como se indicó, para la materialización de este ilícito es necesario que el elemento sobre el cual recae la conducta esté dotado de contenido probatorio. Y en el presente caso, las cámaras manipuladas no contenían información probatoria alguna que pudiera ser utilizada como medio cognoscitivo o de prueba en el curso de la investigación o del juicio, justamente porque se neutralizaron para que no registraran el evento. Lo que se alteró en este asunto fue el ángulo de enfoque de las cámaras de seguridad, no sus contenidos probatorios, porque estos no existían. Se trataba de cámaras vacías de información que pudiera ser utilizada como evidencia para los fines del proceso. De allí que la conducta no actualice el elemento normativo del tipo, ni desde luego, la hipótesis delictiva de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio prevista en el artículo 454B del Estatuto Punitivo. Obsérvese cómo el artículo 275 del Código de Procedimiento Penal, al referirse en su literal f) a las cámaras de vigilancia como elementos materiales probatorios, no alude a ellas como objeto per se de protección, sino a la información probatoria obtenida a través de este mecanismo, lo cual coincide con lo ya expuesto, en el sentido que para la tipificación del delito es necesario que el elemento sobre el cual recae la conducta de “ocultar”, “alterar” o “destruir”, tenga registrada información con significación probatoria, que pueda ser utilizada como evidencia en un proceso penal. La norma es explícita en indicar que por elemento material probatorio o evidencia

física debe entenderse lo que se obtiene - se consigue o extrae- de la grabación, de la filmación o del video, lo que significa que sólo puede hablarse de elemento material probatorio cuando la filmación ha sido realizada en todo o parte, es decir, cuando alberga contenidos con alcance probatorio.

El error del Tribunal radicó en considerar que la alteración de los ángulos enfoque de las cámaras, para evitar el registro de los acontecimientos ilícitos que se realizarían, constituía, per se, alteración de un elemento probatorio, sin reparar que hasta ese momento las cámaras no contenían información probatoria alguna del hecho delictivo, susceptible de ser ocultada, alterada o destruida. Distinto hubiese sido que después de iniciado el evento, o de haber concluido, el procesado hubiera ocultado, alterado o destruido la información recogida por las cámaras, pues, en este caso, no habría duda de la afectación de los contenidos probatorios del dispositivo y, por ende, de la estructuración del tipo penal imputado. Pero ese no es el caso que se estudia.

Por las razones consignadas, la Sala considera que la conducta consistente en manipular los ángulos de enfoque y de fijación de las cámaras de seguridad del aeropuerto para evitar que registraran el

evento delictivo, no constituye el delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio. Este comportamiento, solo puede ser tenido como un acto más de “colaboración directa y eficaz” en la realización de la conducta de peculado por uso y en la pretensión de que este ilícito quedara en la impunidad. Esto torna innecesario el estudio de las alegaciones planteadas por la defensa en el recurso de impugnación, referidas a la inocuidad de la conducta y a la participación de D. F. C. O. en la alteración de los ángulos de enfoque de las cámaras, por no tener incidencia alguna en la decisión a tomar, aunque debe precisarse, en relación con este último aspecto, que la prueba aportada es inequívocamente consistente en señalar al procesado como el autor de esa manipulación. En consecuencia, la Sala revocará la condena por la conducta punible de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio y la mantendrá por el delito de peculado por uso. (...)”.

(Subrayado y negrilla de Relatoría TSMP).
Proveído completo únicamente para esta instancia siguiendo el hipervínculo: **SP083-2023 Rad. 59636** del 15 de marzo de 2023 MP. Fabio Ospitia Garzón.

Martha Flor Lozano Bernal

Relatora

relatoriatribunaljpm@justiciamilitar.gov.co

Conmutador: 60(1) 6169563 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