



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. Para ver su contenido completo se recomienda consultar las providencias en la Página Web: <https://www.justiciamilitar.gov.co>

I. PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL JULIO 2023

1. JUEZ DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR: Competencia. Conforme lo dispone el artículo 264 de la Ley 522 de 1999, los jueces de instrucción penal militar tienen competencia en el territorio nacional para investigar todos los delitos de conocimiento de la justicia penal militar, es decir, delitos que sean cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y que se encuentren relacionados con el servicio, sin que se observe que el legislador impusiera limitante distinta a la competencia del juez de instrucción penal militar. Adicional, el artículo 579 de la Ley 522 de 1999, no contempla que vencido el término de los treinta (30) días, el funcionario de instrucción pierda competencia para continuar con la investigación; lineamiento que si bien es cierto está concebido en la Ley 1407 de 2010 su aplicación no es viable. **LEY 522 DE 1999 Y LEY 1407 DE 2010: Diferencias entre los sistemas penales. Principio de favorabilidad.** En ese sentido tenemos que, no se puede traer al proceso penal de tendencia inquisitiva figuras que hacen parte de un esquema procesal diferente, salvo que resulten más favorables para el procesado siempre y cuando no desnaturalicen el procedimiento aplicable al caso concreto. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha referido: “...el concepto amplio que siempre ha manejado esta Corte Suprema frente a la aplicación del principio de favorabilidad no puede conllevar a que, con su pretexto, se pueda invocar, por ejemplo, la aplicación íntegra del nuevo sistema procesal a un caso no cobijado por su vigencia, pues, de un lado, el principio de favorabilidad es predicable de cara a institutos contenidos en uno u otro método de juzgamiento –los contenidos en las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004- en tanto discurren coetáneamente, y, de otro, la igualdad sólo es predicable frente a individuos que se encuentran en condiciones similares, o mejor expresado, como el fin último de cualquier sistema procesal es el de servir de ámbito de garantía a los derechos del individuo, es claro que cada sistema por sí mismo contiene una estructura interna propia que materializa y desarrolla el catálogo de garantías fundamentales consagradas en la Carta Política.(...) De allí que la aplicación de la favorabilidad respecto de determinadas normas contenidas en la Ley 906 a casos regulados por la Ley 600, depende de la equivalencia de los respectivos institutos...” 2). En este evento, la Ley 522 de 1999 difiere de la 1407 de 2010, en cuanto cada una contiene distintas fases procesales y por tanto se modifica el procedimiento para administrar justicia militar, pues entre otras, las autoridades cambian sus roles, los sujetos procesales asumen distintas formas de participación, varía el sistema de aducción de pruebas, se modifican los términos en cada estadio procesal y por consiguiente los institutos jurídicos que las gobiernan se transforman sustancialmente”. 3). Dentro de la nueva dinámica procesal de la Ley 1407 de 2010, al existir una fase pre procesal en la que los intervinientes se encuentran habilitados para recaudar elementos materiales de prueba con miras a esclarecer la noticia criminal, es claro que la fase de investigación sufre serias modificaciones, entre ellas la forma de contar los términos con los que cuentan para adelantar la

investigación". "En consecuencia, si los procesos se tramitan bajo las formas previstas en el anterior Código Penal Militar mientras no se implemente el sistema penal acusatorio, por exclusión devienen inaplicables las contenidas en el nuevo ordenamiento, a no ser que se trate de disposiciones favorables al procesado y en tanto no correspondan a la esencia del esquema oral, tal como lo tiene decantado la Corte en torno a las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004". Bajo tales condiciones no se puede desconocer la competencia del funcionario de instrucción penal militar, la cual va hasta la culminación de la etapa instructiva. Ahora bien, cuando en desarrollo de la fase de instrucción, en aplicación del sistema procesal especial, se vislumbra la necesidad de hacer una imputación de un delito de naturaleza ordinaria, el trámite cambia a la del proceso ordinario.

NULIDAD: Concepto, taxatividad y requisitos de procedibilidad. La declaratoria de nulidad, entendida como la sanción que se le impone a los actos procesales realizados de manera irregular, bien sea por la ausencia de presupuestos para su constitución, la realización de actos de manera imperfecta o por la inobservancia de las condiciones de forma, modo o tiempo señalados por la ley como esenciales, conlleva que el acto procesal inválido deje de producir efectos a fin de subsanar la situación irregular que vulnera garantías procesales como el debido proceso y el derecho de defensa. Razón por la cual, en virtud del principio de legalidad, la nulidad sólo puede declararse por las causales que aparecen expresamente indicadas en la ley procesal penal, condición a la que se ha denominado principio de especificidad o taxatividad. Lo anterior significa, que los eventos en que sea necesario recurrir a un remedio tan extremo para depurar la actuación procesal, deben estar específicamente señalados en la ley, sin que pueda extenderse a situaciones no reguladas por el legislador de manera expresa, de ahí que el Código Penal Militar prevé en el artículo 388, las causales de nulidad en el proceso penal castrense. En esas condiciones, se hace indispensable que el sujeto procesal que invoque una nulidad cumpla con unos requisitos mínimos que permitan al funcionario judicial adoptar la decisión invalidante, a saber: 1). Indicar concretamente en qué causal se fundamenta; 2). precisar en qué consistió el yerro procesal y, 3). demostrar de qué manera se afectaron los derechos sustanciales del procesado. Condiciones que se encuentran establecidas en el artículo 392 del Código Penal Militar, a través del cual se consagran los principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación. Principios que la jurisprudencia y la doctrina han denominado como: taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad, con los que se busca limitar la tendencia a invalidar el trámite procesal por la sola existencia de una irregularidad.

Reseña jurisprudencial. TÉRMINOS JUDICIALES: Plazo razonable y elementos para su convalidación. Para la verificación de esta garantía se debe analizar no solo per se el término establecido en la ley, si no cada una de las actuaciones del funcionario en cumplimiento de los cometidos Constitucionales, precisando que en el marco de la Ley 522 de 1999, los términos cumplen una estricta función instrumental, conducida a la realización del derecho sustancial, por esta razón, dichos plazos no son absolutos e intocables en nuestro sistema jurídico, pues si bien hacen parte del derecho al debido proceso no son su único o el más importante componente, por ende, no confluye el estadio de la nulidad con base en una percepción objetiva, si no su análisis requiere, una contextualización, tendiente a verificar el

origen del incumplimiento, si este se torna en una mora injustificada o a pesar de presentarse, existen elementos que permitan convalidarla por las siguientes razones: 1). Cuando es producto de la complejidad del asunto y dentro del proceso se demuestra la diligencia razonable del operador judicial; 2). Cuando se constatan problemas estructurales en la administración de justicia que genera un exceso de carga laboral o de congestión judicial o; 3). Cuando se acreditan otras circunstancias imprevisibles o ineludibles que impiden la resolución del caso previsto en la ley. Para decantar la mora en los plazos judiciales, no basta su construcción, como un simple estudio aritmético, debe converger un análisis con suficiencia, contextualizado en una realidad procesal, sometido a balancear la indiligencia, con una coyuntura relacionada a la búsqueda de la verdad y las circunstancias de la mora, que pueden devenir, de diversos factores de índole interno o externo. Por eso, habrá de entenderse que los términos establecidos legalmente buscan que la actuación procesal se cumpla de manera diligente, sin que ello determine que su incumplimiento genere afectación alguna del debido proceso que demande corregirse a través del remedio extremo de la nulidad, lo cual no permite predicar tampoco que cuando dicha situación obedezca al capricho, desidia o desinterés del funcionario judicial se impartan sanciones de carácter penal o disciplinario.

Reseña jurisprudencial. CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO: Particularidades. La cesación de procedimiento conlleva la terminación definitiva y anticipada del proceso penal, es decir, sin el cumplimiento integral de la ritualidad procesal o agotamiento de todas las etapas establecidas en el código, pronunciamiento que debe ajustarse a los presupuestos y requisitos determinados en la ley, y, solo procede por las causales

previstas en el artículo 231 del Código Penal Militar. La cesación de procedimiento constituye un pronunciamiento judicial de fondo, que adquiere, una vez ejecutoriada, fuerza vinculante de cosa juzgada (Ley 522 de 1999, artículo 14), por ello, para adecuar una decisión, se requiere que esté demostrado en grado de certeza el supuesto de hecho o de derecho que constituye la causal invocada.

Reseña jurisprudencial. RAD. 159594– 13-JUL-2023 – ABANDONO DE PUESTO - PECULADO POR USO - APELACIÓN AUTO NIEGA NULIDAD Y CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO - MP. CR. JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO – CONFIRMA.

2. QUERRELLA: Definición y reglamentación. La querrela es un instituto jurídico de estricta condición de procedibilidad para el impulso de la acción penal, de no presentarse en los términos legalmente establecidos, se corre el riesgo que opere la caducidad de esta y, en consecuencia, no se pueda continuar con su ejercicio. Frente a tal precepto, la Ley 1407 de 2010 consagra los términos de caducidad de la querrela, tanto en el artículo 127, para los casos específicos de la injuria y la calumnia, como en el canon 250 que establece de manera general la condición para la contabilización de tales lapsos, estableciendo lo siguiente: *“(…) Artículo 127. Querrela. En los casos previstos en este capítulo solo se procederá mediante querrela, presentada dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión de la conducta. Si la calumnia o la injuria afectan la memoria de un miembro difunto de la Fuerza Pública, la acción podrá ser intentada por la institución armada a que pertenezca o por quien compruebe interés legítimo en su protección y defensa. (...) Artículo 250. Caducidad de la querrela. La querrela debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del*

delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses". Como viene de referirse, para este ejercicio la ley otorga al sujeto pasivo un término de seis meses, desde la comisión de la conducta, inicialmente improrrogables; no obstante, en casos concretos en que el afectado por razones de fuerza mayor o caso fortuito no hubiese tenido conocimiento de su ocurrencia, tal lapso se volverá a contar desde el momento mismo en que se superen esas condiciones especiales.

CADUCIDAD: Delito continuado.

Definición. La caducidad operaría de manera independiente para cada uno de los presuntos actos injuriosos y calumniosos, no obstante, en igual sentido se desprende que si se trata de una posible figura jurídica de delito continuado, la cual es definida por la dogmática de la siguiente manera: *"(...) Esta figura se presenta cuando el agente lleva a cabo diversos actos parciales, conectados entre sí por una relación de dependencia (nexo de continuación) y que infringen la misma disposición jurídica, de tal manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad de acción final; en otros términos, se trata de una forma especial de realizar determinados tipos penales mediante la reiterada ejecución de la conducta desplegada, en circunstancias más o menos similares (...)"*. Los términos de caducidad en estas situaciones se deben contabilizar a partir de la fecha de perpetración del último acto.

CESACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: Certeza y causales de procedibilidad. El artículo 231 del Código Penal Militar de 1999 establece que en cualquier estado del proceso en que aparezca comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el

procesado no lo ha cometido o que la conducta es atípica, o que obró dentro de una causal de ausencia de responsabilidad o que el proceso no podía iniciarse, o no puede proseguirse, el juez así lo declarará en auto interlocutorio. Es así como del canon referido se desprende que las causales allí previstas no son concurrentes entre sí, lo que permite que, con la comprobada existencia de una sola de estas, se pueda tomar la decisión motivada de finiquitar de manera anticipada la actuación, la que debe fundarse en el estudio concienzudo de los medios de prueba legalmente aducidos al proceso; contexto análogo con lo impuesto por la Corte de Suprema de Justicia, al decantar: *"(...) ha de verificarse el cumplimiento de los presupuestos señalados en la ley procesal penal para adoptar esta determinación, pues la legalidad de la misma depende de la comprobación plena y certera de que el Fiscal delegado ante el Tribunal Superior Militar tenía motivos para concluir que el hecho no existió, o que el sindicado no lo cometió, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada la presencia de una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, ó, por último, que la actuación no podía iniciarse o proseguirse (...) frente a esta figura procesal de terminación del proceso, ciertamente el legislador fue excesivamente celoso de exigir un grado probatorio para la comprobación de los supuestos señalados en el artículo 36 del C. De P.P. (Decreto 2700 vigente para esa época), resaltando que esa demostración debía ser plena, es decir, la que, sin dubitación alguna, tuviera la capacidad de arrojar certeza en el entendimiento del funcionario judicial que advierte su presencia (...)"*.

RAD. 159776 – 05-JUL-2023 – INJURIA Y CALUMNIA INDIRECTAS - APELACIÓN AUTO DENIEGA CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO - MP. CR.

SANDRA PATRICIA BOTÍA RAMOS – CONFIRMA.

3. RECURSO DE APELACIÓN: Requisitos para invocarlo. El recurso de apelación constituye el medio idóneo de impugnación de las decisiones judiciales en caso de inconformidad con su contenido, de igual manera permite ejercer el derecho de defensa y garantiza el acceso a la segunda instancia. La Corte Suprema de Justicia ha señalado *“como requisitos mínimos para acceder a él, que se tenga: a) capacidad para interponer el recurso; b) el interés para recurrir; c) la oportunidad para proponerlo; d) su procedencia; y e) su motivación o sustentación, presupuestos concurrentes, que determinan, a la falta de uno de ellos, que el mecanismo interpuesto resulte improcedente y, por consiguiente, se niegue su tramitación.”.* **NULIDAD: Características.** Conlleva una sanción a la irregularidad procesal que tiene origen en la omisión de los presupuestos propios del trámite, o en actos expedidos inobservando los requisitos formales o sustanciales señalados en las leyes como necesarias para que la actuación procesal produzca efectos. La nulidad como mecanismo para enmendar la actuación viciada surgen por expresa disposición legal, principios que orientan su declaratoria y la convalidación de los actos irregulares. El artículo 392 del Código Penal Militar de 1999, establece los principios que regulan la aplicación del instituto de las nulidades dentro del procedimiento penal militar, los cuales la doctrina ha denominado como de trascendencia, instrumentalidad, taxatividad, protección, convalidación, residualidad y acreditación que orientan su declaratoria, así como su convalidación. **INDAGATORIA: Imputación fáctica.** El artículo 293 del ordenamiento castrense de 1999, prevé que el acto de vinculación tiene lugar de manera general con la diligencia de indagatoria,

oportunidad procesal en el que se da a conocer al sindicado la imputación fáctica y jurídica, y es el momento en el cual adquiere la calidad de procesado, sumariado o sindicado. La diligencia de indagatoria al imputado se realiza, cuando de las pruebas allegadas legalmente a la actuación se pueda inferir razonablemente que el sumariado puede ser autor o participe de la comisión de un hecho objeto de investigación, el cual tiene las características de conducta punible. **Reseña jurisprudencial. IMPUTACIÓN FÁCTICA: Definición.** Entendida como el hecho o el conjunto de hechos que configuran la conducta típica y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifican, por lo que, el funcionario judicial ha de ser especialmente cuidadoso en la construcción o edificación de los sucesos relevantes de la conducta o conductas punibles que va a indagar; de no hacerlo se podría afectar el debido proceso o el derecho de defensa. En nuestro sistema procesal inquisitivo mixto de Ley 522 de 1999, la imputación fáctica es un requisito *sine qua non*, que debe formular el juez instructor en el momento que el indagado es vinculado a la investigación mediante diligencia de indagatoria, ello encaminado a que se conozca cuáles son los hechos y circunstancias relevantes para el derecho penal, y así pueda ejercer su derecho de defensa. Todo en tornó a lo exigido por el legislador, como parte del proceso debido del canon 29 Superior. **IMPUTACIÓN FÁCTICA: Contenido.** Deberá permanecer indemne durante el trámite procesal a diferencia de la jurídica que puede variarse durante las etapas de instrucción y calificación. El Tribunal Penal Militar y Policial refirió que *“Consecuente con lo anterior, en el entendido que se ha de interrogar al sindicado sobre los hechos que generaron su vinculación, implica ello, que la diligencia de indagatoria contiene*

una imputación fáctica, es decir, que al indagado se le han de señalar las circunstancias de espacio, tiempo y lugar que conforman los hechos que el investigador considera constituyen el delito cometido, ello se traduce, en que la imputación fáctica consiste en garantizar que el procesado conozca que el comportamiento por él asumido tiene un carácter delictivo, en otras palabras, se ha de enterar de manera concreta al sindicado de los cargos por los cuales está siendo vinculado al proceso penal para que con fundamento en dicho conocimiento el inculpatado ejerza su defensa explicando las razones de su conducta. En palabras de la Corte Suprema de Justicia el tema se abordó así: “La forma como los funcionarios judiciales hayan interrogado al imputado en indagatoria, o el método que hayan utilizado para hacerlo, carece de relevancia para estos efectos, puesto que la ley no preestablece un modo determinado de llevarlo a cabo, ni condiciona la validez del acto procesal a que las preguntas tengan un contenido específico, o alcancen número determinado. Lo importante, es que las realizadas, le permitan enterarse de los hechos básicos de la imputación, debiéndose entender por tales, los que constituyen el núcleo esencial de la infracción penal.” De manera pues que el mandato contenido en el artículo 497 de la Ley Penal Militar implica, que en la diligencia de indagatoria al sindicado se le han de precisar los hechos que se considera tienen carácter delictivo, y que ellos son la razón de su vinculación a la causa penal, así lo enseñó la jurisprudencia de la Corte: “Lo que tales preceptos pretenden significar, es que el imputado tenga la posibilidad de conocer el carácter delictivo del comportamiento por el cual se le vincula al proceso y al menos el nomen juris correspondiente a la conducta materia de investigación, no su calificación jurídica precisa la cual sólo se determina en la

sentencia. **RAD. 159959 – 26-JUL-2023 – PECULADO POR EXTENSIÓN – FALSEDAD IDEOLÓGICA DOC. PÚBLICO Y PRIVADO - APELACIÓN MED. ASEGURAMIENTO - MP. CR. GUSTAVO ALBERTO SUÁREZ DÁVILA. – DECRETA NULIDAD, ORDENA LIBERTAD.**

4. PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN: Término para poner en conocimiento de su contendor la base de opinión pericial.

Deviene de garantizar que las pruebas se obtengan e incorporen al debate oral sin que medien grandes espacios de tiempo entre una y otra sesión que le resten capacidad persuasoria al funcionario judicial encargado de apreciarlas. A esto, debe sumarse el hecho que, una vez iniciado el juicio, el debate probatorio puede celebrarse en una sola audiencia o en distintas sesiones; razón por la cual, asumir la postura que el término de cinco días reglado en el artículo 556 CPM, se puede contabilizar previo a la sesión en que se recepcionará el testimonio del perito y no a la instalación de la audiencia, conlleva a presumir que el juicio indefectiblemente se adelantará en más de una sesión; o que, la declaración del perito no se podrá adelantar en el momento en que fue ordenado, situación que no puede ser conocida con anterioridad a la instalación y desarrollo de este. No existe duda que, la audiencia a la que hace mención el aludido artículo 556 C.P.M. no es otra diferente que aquella en virtud de la cual se ha de instalar el juicio oral, y por ende, es allí en la que se practicará la prueba pericial, de la que previamente se debe descubrir el informe base de la opinión pericial. Por lo tanto, pensar lo contrario significaría someter a un injustificado estado de incertidumbre que no se compadece con los principios de contradicción y de lealtad procesal, y generaría un desequilibrio frente a lo que propende el principio de igualdad de armas a la parte a quien se le deba descubrir el

informe base de la opinión pericial, quien estaría condicionada para enterarse del contenido de dicho informe a una fecha incierta en la que se programe la vista en la que se recepcionará la declaración del perito, la cual desde una etapa previa, se encontraría ya prevista celebrarse una vez instalado el juicio. El término dispuesto en el artículo 556 del CPM debe empezarse a contabilizar desde el día siguiente en que fue recepcionado por la contraparte el informe contentivo de la base de opinión pericial y, tal y como lo dispone expresamente la norma, al entenderse completados los cinco días, cuando menos, el día antes de la instalación de juicio de corte marcial. **JUICIO ORAL: Práctica de la prueba pericial.** El Juez de Conocimiento al encontrarse celebrando la audiencia de juicio de corte marcial, no es competente para excluir, rechazar o inadmitir ningún tipo de medio probatorio que hubiese sido decretado en la etapa preparatoria, toda vez que es precisamente en esa etapa en la que se deben surtir dichos trámites, y dilucidar cualquier irregularidad que se presentara, ello en consonancia con lo dispuesto en el artículo 501 del C.P.M.; siendo el juicio una etapa exclusivamente de práctica probatoria y convencimiento del juez. De igual forma, no se puede dejar de lado el hecho que, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ya ha decantado que no en todo caso de testimonio de perito, es menester correr traslado a la contraparte la base de opinión pericial en el término dispuesto en la norma penal: *“Inconcuso surge, de lo transcrito, que los peritos pueden concurrir a la audiencia tanto para sustentar el informe previamente presentado, como para rendirlo allí, de lo cual se deriva que ninguna irregularidad existe, en principio, cuando el perito no presenta el informe o resumen previo, si lo que se busca es precisamente hacerlo concurrir a la audiencia para que allí, sometido a*

interrogatorio y concontrinterrogatorio, realice esa tarea.” Concluyendo que la relevancia frente a lo dispuesto en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, espejo del 556 de nuestra norma punitiva castrense, no es la entrega del informe base de opinión pericial en el término allí dispuesto, sino la sustentación del informe por parte del perito a efectos de que dicha prueba pueda tener validez para el juicio. **RAD.**

110016644100202200130 – 11-JUL-2023 – ABANDON DEL PUESTO - APELACIÓN CONTRA AUTO QUE EXCLUYE PRÁCTICA DE PRUEBA EN JUICIO - MP. CR. ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA – REVOCA.

5. PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN Y FAVORABILIDAD: Aplicabilidad.

Es viable incorporar en la ritualidad procesal establecida en la Ley 522 de 1999 el instituto de reparación integral consagrado en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, en armonía con lo que ha establecido el Tribunal Superior Militar y Policial, que al respecto manifestó: *“...el principio de integración aboga por la realización de justicia material, por la vigencia del derecho penal moderno, por encontrar el punto de solución adecuado al conflicto propuesto dando la posibilidad de utilizar institutos diversos, incluso de naturaleza sustantiva y adjetiva civil, postulados aplicables en la medida en que la estructura procesal, el ámbito funcional y de competencia lo permitan, esto es, que cada uno de los funcionarios que detentan el ejercicio de la acción penal lo puedan realizar. (...) no significan que no tenga competencia para hacerlo frente a hipótesis dispuestas en los artículos 41 y 42 de la Ley 600 de 2000, a la que se llega por aplicación de los principios de integración, igualdad y favorabilidad; máxime cuando se trata de punible común, como lo es las Lesiones Personales Culposas por las que se ha procesado al encartado.”* **EXTINCIÓN DE**

LA ACCIÓN PENAL: Reparación integral.

Procedimiento para su procedencia y aplicación. La Ley 1407 de 2010, contempla en su artículo 75, numeral 8°, como causal de extinción de la acción penal la reparación integral “en los casos previstos en la ley”; no obstante, dicha codificación adolece de un procedimiento establecido para su aplicación. No obstante, para hacer efectiva la reparación integral como causal de extinción de la acción penal, nos remitiremos a lo consagrado en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000; además de los distintos pronunciamientos que sobre la materia ha emitido la Honorable Corte Suprema de Justicia, como veedora de las normas sustanciales y procesales en materia penal, en los que ha puntualizado los requisitos para la procedencia y aplicación de este instituto.

Reseña jurisprudencial. Conforme al numeral primero del artículo 42 de la ley ya referida, como requisito *sine qua non* aplica para los delitos que admiten desistimiento, los cuales son aquellos conocidos como los delitos querellables; al respecto y sin perder de vista el principio de integración y favorabilidad que rigen el presente asunto, son aquellos tipos penales establecidos por la ley en los diferentes estatutos normativos, así: i) La Ley 600 de 2000 establece los delitos querellables en el artículo 35, estipulando que aplica para las lesiones personales sin secuelas, que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C.P. artículo 112 incisos 1 y 2). ii) Por su parte la Ley 906 de 2004, estableció en su artículo 74 en el numeral segundo las lesiones personales sin secuelas que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C. P. artículo 112 incisos 1o y 2o); lesiones personales con deformidad física transitoria (C. P. artículo 113 inciso 1o); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C.P.

artículo 114 inciso 1o); y lesiones personales culposas (C. P. artículo 120).

159341 – 31-JUL-2023 – LESIONES PERSONALES DOLOSAS – APELACIÓN AUTO NEGÓ CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO POR INDEMNIZACIÓN INTEGRAL - MP. TC. JOSÉ MAURICIO LARA ÁNGEL– CONFIRMA.

6. NULIDAD: Definición. Debida argumentación. Principios que la orientan. La declaratoria de nulidad conlleva una sanción a la irregularidad procesal que tiene origen en la omisión de los presupuestos propios del trámite, o en actos expedidos inobservando los requisitos formales o sustanciales señalados en las leyes como necesarias para que la actuación procesal produzca efectos. Cuando se plantea la nulidad de toda una actuación o de una pieza de aquella, es obligación constitucional y legal de quien la invoca especificar con claridad en qué consistió el menoscabo al debido proceso, al derecho de defensa o demás derechos de quienes representa. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que “(...) 1. En materia de nulidades, su pedimento no se satisface con su simple formulación, es indispensable que se relacionen los hechos que la originan, los mandatos superiores o legales desconocidos y su trascendencia en el proceso. Insiste ha sido la jurisprudencia de la Sala clara en señalar que las nulidades procesales están regidas por principios que orientan su declaratoria y convalidación, señalados en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, entre los cuales sobresale la trascendencia que implica la demostración de la irregularidad que afecta sustancialmente las garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o juzgamiento. De modo, que la nulidad como remedio procesal no opera por la simple enunciación de un supuesto vicio, ni en interés exclusivo del ordenamiento, en

la medida que constituya un error de garantía que afecta las prerrogativas procesales en perjuicio de los intervinientes o un error de estructura a través del cual se afecta el esquema, de la instrucción o el juzgamiento (...). “(...)La nulidad es un remedio extremo al que se debe acudir para subsanar las actuaciones procesales que se encuentren viciadas, por defectos sustanciales de trascendente envergadura, por esa razón, de manera real y cierta se afectan los derechos y garantías de los sujetos procesales o socavan las bases estructurales de la investigación o el juzgamiento; de allí entonces que para su decreto sea necesario siempre valorar los principios que orientan esa declaratoria de invalidez, los cuales llenan de sentido y contenido las causales legales de nulidad; así se ha sostenido: “...las causales de nulidad deben ser interpretadas a partir de unos principios que le dan sentido y contenido a las mismas. Tales principios han sido sistematizados de la siguiente manera: **1. Principio de taxatividad:** Para solicitar la declaratoria de invalidez de la actuación es imprescindible invocar los motivos establecidos en la ley. **2. Principio de protección:** El sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica. **3. Principio de convalidación:** La irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales. **4. Principio de trascendencia:** Quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que esta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso. **5. Principio de residualidad** (o subsidiariedad): Compete al peticionario acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad. **6. Principio de instrumentalidad de las formas:** No procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual está destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa. **7. Principio de acreditación:** Quien alega la configuración de un motivo invalidatorio, está llamado a especificar la causal que invoca y a plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya. De tales principios, en síntesis, se impone a quien invoca una nulidad, además de la referencia a la causal específica (principio de taxatividad), el deber de argüir de manera clara y precisa en dónde se origina el defecto de actividad y si éste no satisfizo la finalidad para la que estaba previsto (principio de instrumentalidad de las formas) y de demostrar si el vicio afectó las garantías o las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento (principio de trascendencia). Frente a este último postulado la Sala ha dicho que: “...no hay nulidad sin perjuicio y sin la probabilidad del correlativo beneficio para el nulidicente. Más allá del otrora carácter puramente formalista del derecho, para que exista nulidad se requiere la producción de daño a una parte o sujeto procesal. Se exige, así, de un lado, la causación de agravio con la actuación; y, del otro, la posibilidad de éxito a que pueda conducir la declaración de nulidad. Dicho de otra forma, se debe demostrar que el vicio procesal ha creado un perjuicio y que la sanción de nulidad generará una ventaja”. **ART. 97 LEY 1765 DE 2015. Aceptación de cargos.** Observados los lineamientos allí indicados se advierte que en ningún momento se impone como obligatorio al Juez Instructor se haga advertencia alguna al indagado sobre la aceptación de cargos debe destacarse,

además, la decisión de aceptación de cargos es una declaración libre y espontánea que no puede ser insinuada por parte del Juez de Instrucción. De igual forma, el instituto que regula el artículo 97 de la precitada Ley 1765 de 2015 no es propio del Sistema Acusatorio y conforme a ello, no confluyen las exigencias que en aquel sistema,

consagrado en el Ley 1407 de 2010 para la Justicia Militar, al deber de información por parte de los funcionarios judiciales y de la Fiscalía en lo atinente a la aceptación de cargos. **RAD. 159670-11-JUL-2023 – LESIONES PERSONALES - APELACIÓN AUTO QUE NIEGA NULIDAD – M.P. CR(RA). PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ – CONFIRMA DECISIÓN.**

II. PRONUNCIAMIENTO RELEVANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. SP270-2023 (61330) del 19 de julio 2023¹. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al resolver recurso extraordinario de casación instaurado por la defensa contra el fallo condenatorio de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior Militar y Policial, resolvió casar el fallo de condena para en su lugar absolver a los procesados por los delitos de privación ilegal de la libertad –art. 174 del C.P.-, prolongación ilícita de privación de la libertad –art. 175 del C.P.- y detención arbitraria especial –art. 176 del C.P.

del proceso o por trasgresión de un derecho fundamental, con indicación de las normas constitucionales o legales que protegen el derecho invocado y cómo el fallo lo conculca. Asimismo, las razones aducidas por el censor en orden a revelar a la Corte la necesidad de admitir discrecionalmente la demanda, deben guardar perfecta armonía con los reproches que formule contra el fallo, lo que significa que el fundamento de la casación excepcional debe avenirse con los cargos, tanto en su postulación como en su desarrollo.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN EN MATERIA PENAL MILITAR: Procedencia. Debe tener una pena máxima que sea o exceda los 6 años. **Casación discrecional. Procedencia requisitos y sustentación. Casación discrecional:**

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL: Interrupción de los términos. Términos a tener en cuenta. “El término de la prescripción, en los casos tramitados bajo la Ley 600 de 2000, no se interrumpe con la vinculación de los procesados mediante indagatoria, sino a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, como bien se extrae del dispositivo 86 de la Ley 599 de 2000 –sin la reforma de la ley 890 de 2004-, según el cual: La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución de acusación o su equivalente debidamente ejecutoriada. Recuérdese

Técnica, cargas demostrativas a cargo del demandante. “En cuanto al amparo de los derechos fundamentales, el demandante tiene la carga de demostrar en forma clara y precisa la violación de una garantía por quebrantamiento de la estructura básica

¹ Corte Suprema de Justicia SP270-2023 (61330) del 19 de julio de 2023 MP. Diego Eugenio Corredor Beltrán .

que el artículo 86 mencionado, sufrió modificación con el artículo 6º de la ley 890 de 2004, regla que fijó la interrupción de la prescripción, a partir de la formulación de la imputación para los eventos de la Ley 906 de 2004 –sistema penal acusatorio-, pero en nada incidió sobre los procesos que continuaban tramitándose bajo el rito de la Ley 600 de 2000. La Corte, al respecto, señaló: Dos son los momentos procesales a partir de los cuales se interrumpe la prescripción de la acción de acuerdo a cada sistema: en el previsto en la ley 906 con la formulación de la imputación y en el consagrado en la ley 600 con la resolución de acusación, actos de distinto contenido material y alcance, así como generadores de diferentes consecuencias procesales, que –además- obedecen a etapas procesales distintas, respecto de los cuales es imposible predicar identidad a menos que quiera desvertebrarse el procedimiento propio de cada ley (C.S.J. SP1497-2016, radicado 43997 de 10.02.2016, SP-2016, radicado 23700 de 09.02.2016).

En ese orden, establecido el momento a partir del cual se interrumpe el término de la prescripción de la acción penal, la Sala encuentra que en el caso examinado no ha concurrido el mencionado fenómeno jurídico de terminación anticipada del proceso, si se atienden los siguientes presupuestos: Los delitos por los que discurre este asunto: privación ilegal de la libertad –art- 174 del C.P.-, prolongación ilícita de privación de la libertad –art. 175- y detención arbitraria especial –art. 176-, consagran pena de prisión de tres (3) a cinco (5) años, sin el aumento contenido en la Ley 890 de 2004. Como los investigados tienen la calidad de servidores públicos, a la pena máxima indicada se debe realizar el incremento de la mitad, por cuanto, para la fecha de los hechos, se encontraba vigente la modificación introducida al artículo 83 del

Código Penal, por el 14 de la Ley 1474 de 2011, es decir, la pena máxima, para efectos de prescripción, asciende a siete (7) años y seis (6) meses. Por consiguiente, si el término extensivo es de 5 años –en ningún caso puede ser inferior a este periodo, ni siquiera si se adelanta la fase del juicio-, incrementado en la mitad arroja un guarismo de 7 años y seis meses, lapso que no corrió de manera previa a la ejecutoria de la resolución de acusación y tampoco desde la ejecutoria de la misma hasta hoy –art. 86 de la Ley 522 de 1999-. La fecha de expiración del plazo, se acota, opera el 13 de noviembre de 2023. Ello, por cuanto, luego de la ejecutoria de la resolución de acusación de nuevo se cuenta el plazo prescriptivo por un término igual a la mitad del máximo de la pena, sin que sea inferior a cinco años, según el inciso 2º del artículo 86 del Código Penal. Guarismo último -5 años- que se debe tomar y sumarle a este la mitad por la condición de servidores públicos de los acusados, por lo que arroja de nuevo una cifra de siete años y seis meses, lapso que, ya se indicó, no ha transcurrido desde la ejecutoria de la acusación.

DERECHO A LA LIBERTAD Y RESERVA LEGAL PARA LA APREHENSIÓN. La libertad es un derecho consagrado en el artículo 28 Constitucional, según el cual, toda persona es libre. “Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. [...]”.

A su vez, el artículo 3º de la Ley 600 de 2000, lo consagra como principio rector, al señalar: "Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley."

Por su parte, la Corte Constitucional lo ha definido como la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona. En términos generales la libertad siempre será la regla y la limitación o restricción la excepción a este derecho. Aunque derecho fundamental, no es absoluto, en tanto que, acorde con el artículo 116 Constitucional, las autoridades judiciales pueden ordenar capturas, excepcionalmente, lo puede disponer la Fiscalía General de la Nación y el Senado de la República, cuando ejerce funciones de juzgamiento.

Ahora, dado que la Constitución de 1991 estableció como regla general la reserva judicial en materia de privación de la libertad, la Corte Constitucional al estudiar el tema precisó algunos criterios sobre los alcances de la detención preventiva consagrada en el inciso segundo del artículo 28 de la Carta, dado que esta ésta no implica la posibilidad de retención arbitraria por autoridades policiales, sino que corresponde a la necesidad específica de verificar ciertos hechos, necesarios para que las autoridades puedan cumplir su función constitucional, a saber "el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Bajo esos derroteros, la autoridad de policía está legitimada para proceder a la

detención preventiva de un ciudadano cuando i) medie orden expedida por autoridad judicial o ii) cuando la persona es aprehendida en flagrancia en la comisión de un delito, conforme a las reglas del artículo 32 Constitucional –caso último en el cual no se exige orden judicial; de todas formas, en ambos eventos el aprehendido debe ser puesto a disposición de autoridad judicial, para su legalización, dentro de las 36 horas siguientes a la captura. Junto con lo anotado en la fecha de los hechos -20 de julio de 2014-, la Policía Nacional tenían facultades para privar de la libertad a las personas, de acuerdo con la aplicación condicionada del Código Nacional de Policía -hoy derogado- o Decreto 1355 de 1970, conforme se había señalado en la sentencia C-720 de 2007, obra de la Corte Constitucional. En efecto, el artículo 186.8 del mencionado dispositivo, reseñaba la retención transitoria, como una medida correccional a cargo de la Policía Nacional. En concordancia con la mencionada disposición, el canon 207 íb., establecía: Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando: **1) al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desempeño de sus tareas; 2) al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio y 3) al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción de la ley penal.** El numeral 1º del artículo 207 ejusdem, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-199 de 1998, por estimar que retener a una persona por irrespeto a la autoridad de policía, tenía una finalidad sancionadora, no preventiva o de protección, por lo que el funcionario público agredido contaba con la posibilidad de denunciar los hechos ante la autoridad competente.

Los demás numerales, el 2) y 3), fueron declarados ajustados a la constitución, por considerar que contaban con una finalidad protectora, dirigida a salvaguardar la vida o la integridad personal de los ciudadanos que se encontraran en estado de embriaguez o grave excitación, al punto de poner en peligro su propia vida y/o la de los demás. Posteriormente, el tema de la retención transitoria fue de nuevo abordado por la Corte Constitucional, en la sentencia C-720 de 2007. Estimó allí que, como no se había estudiado la constitucionalidad del artículo 192 del Código Nacional de Policía, ni el encabezado del canon 207 íb -únicamente había analizado los numerales 1, 2 y 3-, tampoco había cubierto los efectos de cosa juzgada del numeral 8º del art. 186 íb, debía entrar a pronunciarse de fondo, por encontrarse, las mencionadas disposiciones estrechamente relacionadas con la atribución de las autoridades de policía de retener transitoriamente a una persona. Acorde con ello, tanto el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970, como la expresión “compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando”, contenida en el artículo 207 del mismo decreto, fueron declaradas inconstitucionales.

Ahora, tras aceptar que la inexequibilidad pura y simple, así declarada, podría conducir a que la policía careciera de medidas para proteger efectivamente derechos como la vida y la integridad de personas puestas en situación de grave riesgo -cuando se trata de circunstancias de urgencia frente a las cuales, en la actualidad, no existen medidas alternativas posibles-, decidió la Corte diferir la inconstitucionalidad de las normas en el tiempo, esto es, que sólo surtiera efectos a partir del vencimiento de un plazo fijado a fin de que el legislador

podiera conjurar las consecuencias constitucionalmente indeseables de retirar del ordenamiento jurídico la norma estudiada y adecuar las normas de policía al derecho constitucional vigente.

Para la Corte Constitucional, mientras el congreso de la República regulara la materia, de la retención transitoria sólo podría aplicarse cuando fuere estrictamente necesario para proteger a la persona que se encuentre, efectivamente y de manera clara, en situación de riesgo. En ese orden, estableció la sentencia aludida, los siguientes parámetros a seguir en el evento de una detención transitoria ejecutada por la Policía Nacional. i) La autoridad que ordena la retención deberá elaborar un informe por escrito a través del cual indique la novedad de manera clara, expresa y suficientemente motivada; documento que inmediatamente deberá presentarse al retenido y al Ministerio Público, para su conocimiento. ii) El retenido, sin importar el estado en que se encuentre, debe ser informado de manera inmediata, no sólo de las razones de su retención, sino de los derechos y garantías constitucionales que lo asisten, entre ellas, la de comunicarse de inmediato con una persona que lo asista y con quien pueda movilizarse libremente; permanecer en silencio; no rendir declaración que lo comprometa ni firmar ningún documento en el mismo sentido; tener asistencia inmediata de quien pueda asistirlo en la defensa de sus derechos, etc. iii) Adicionalmente, toda retención transitoria debe ser informada de inmediato al Ministerio Público, de forma tal que se asegure que la medida no está dando lugar a una privación arbitraria de la libertad o una sanción encubierta. iv) La persona retenida debe ser objeto de atención especializada según el estado en el que se encuentre y a ella se le permitirá comunicarse en todo momento con la

persona que pueda asistirlo para cualquier efecto. En todo caso, la retención solo puede tener lugar mientras la persona supera el estado de vulnerabilidad o de peligro o hasta que una persona responsable pueda asumir la protección requerida. En ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas. v) El retenido -directa o indirectamente- debe poder interponer, en todo momento, el recurso de habeas corpus, si encuentra que se trata de una privación arbitraria de la libertad. vi) Mientras se adecuan lugares especiales de protección, las autoridades deben tener en cuenta que una persona que esta siendo objeto de protección y se encuentra en estado de alteración, incapacidad o especial vulnerabilidad, no puede ser ubicada en el mismo lugar destinado a los capturados -por cualquier razón- y deberá ser separado en razón de su género o de su estado de particular indefensión. vii) Los menores deberán ser protegidos, de conformidad con el código de la infancia y adolescencia, y a los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda su condición.

Lo anterior deja en evidencia que, tras la declaratoria de inconstitucionalidad diferida, realizada por la Corte Constitucional respecto de la figura de la retención transitoria, las medidas que venía aplicando la Policía Nacional quedaron sujetas a las reglas establecidas en la C-720 de 2007, en tanto, solo el 20 de julio de 2016, el Congreso de la República expidió el Código Nacional de Seguridad y Convivencia ciudadana, que empezó a regir a partir del 29 de enero de 2017, seis meses después de su promulgación. Como para el 20 de julio de 2014, cuando se presentaron los hechos, aún el Congreso de la República no había legislado al respecto, procedía, en las condiciones

descritas en la sentencia C-720 de 2007 la retención transitoria.

LA PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD, LA PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD Y LA DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL (ARTÍCULOS 174, 175 Y 176).

La privación ilegal de la libertad, la prolongación ilícita de privación de la libertad y la detención arbitraria especial (artículos 174, 175 y 176), son conductas realizadas por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, que sancionan la privación de la libertad que se produce con violación de las garantías y de los requisitos previstos para el efecto en la Constitución y la ley. Sobre los tipos penales en comento, esta Corte ha indicado que en la comisión de los mismos siempre va comprometido un abuso del poder del que está investido el servidor público, por cuanto significa que la privación ilegal de libertad, la prolongación ilícita de la privación de la libertad o la detención arbitraria especial tuvieron como influjo inspirador el simple arbitrio del funcionario, con la salvedad que, al menos, se puede tener noticia de dónde y bajo órdenes de quién se encuentra, cosas que no pueden ser muy claras o incluso ignorarse en cualquiera de las otras situaciones, siendo, en todo caso, atrocidad mayor la de la desaparición forzada, pues a pesar de señalarse “al particular” como el sujeto agente realizador de la conducta tipificada en el artículo 165, las diferentes experiencias han enseñado que ese particular suele obrar con el auspicio, patrocinio o favorecimiento de agentes estatales.

En términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cualquier acto de privación de la libertad con ocasión de la supuesta comisión de un delito o por cualquier otro motivo debe ser realizado con estricto cumplimiento de una serie de

garantías que aseguren la protección de este derecho fundamental de las personas. **EL DELITO DE PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD:** se encuentra previsto en el Título III –Delitos contra la libertad individual y otras garantías-, Capítulo Cuarto –De la detención arbitraria-, artículo 174 del C.P., es del siguiente tenor: «El servidor público que, abusando de sus funciones, priva a otro de su libertad...». Para su perfección, requiere de los siguientes elementos. i) El sujeto activo es un servidor público en cualquiera de las ramas del poder y de sus dependencias o entidades. ii) El verbo rector es privar a otro de la libertad. iii) Es un tipo de resultado. Requiere la afectación material de la libertad. iv) Es pluriofensivo, pues lesiona los bienes jurídicos de la libre locomoción y la dignidad humana. v) El servidor público debe tener competencia funcional, es decir, facultad para privar la libertad. vi) La conducta debe realizarse a título de dolo –art. 22 del C.P.

La Corte de tiempo atrás hizo un análisis sobre el tipo penal objeto de condena, por lo que, dada su absoluta pertinencia, a continuación se transliteraran los apartes pertinentes: «2. El delito por el que se procede es el denominado Privación ilegal de la libertad, tipificado en el artículo 174 de la Ley Penal sustantiva y cuyo tenor es el siguiente: “El servidor público que abusando de sus funciones, priva a otro de su libertad, incurrirá en prisión de tres a cinco años.” Todo el substrato político y filosófico de este tipo penal radica en el artículo 28 de la Constitución Política, que consagra la Libertad como derecho fundamental, y señala de manera clara cómo puede ser afectada esa libertad personal, que es justamente el bien jurídico objeto de tutela:

ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de

autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. Se establece como presupuesto ineludible de toda captura el que debe estar precedida de orden escrita de autoridad competente, la cual debe estar investida de las formalidades legales y sustentada en motivos previamente determinados en la ley, lo cual remite, como se verá, a las disposiciones de la ley procesal penal, sobre los casos en que procede la captura de una persona.

No obstante, las exigencias formales reseñadas, (orden escrita, previa y por motivos definidos en la ley), la misma Carta contiene excepciones, una de ellas es la captura en flagrancia, la cual puede ser practicada, además de las autoridades policiales, por cualquier persona (art. 32). La captura en flagrancia impone la conducción inmediata del capturado ante la autoridad competente.

El punible de que se trata, tiene lugar mediante el abuso de sus funciones por parte del servidor público, lo que supone que el servidor esté investido de competencia o que entre sus funciones se encuentre la de disponer de la libertad. Cabe precisar que en términos generales sólo los fiscales y los jueces pueden afectar la libertad de las personas en el marco de sus competencias.

El verbo rector del tipo es privar de la libertad a una persona, lo que comporta impedirle o limitarle la libre locomoción.

La privación debe ser ilegal, esto es, no corresponder a los supuestos en que, de acuerdo con la ley procede la afectación a la libertad ambulatoria. Aquellos eventos en que procede la privación de la libertad se encuentran definidos en la ley procesal penal, para el caso colombiano en los dos estatutos procesales que coexisten, las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004. Grosso modo, cabe mencionar los casos de captura para recepcionar indagatoria y para el cumplimiento de la detención preventiva».

Más adelante, en la sentencia CSJ SP3408-2014, Rad. 38733, la Corte reseñó: «En tal sentido necesario es recordar que la esencia del delito de privación ilegal de la libertad dimana del contenido del artículo 28 de la Constitución Política, el cual afianza el derecho a la libertad, de modo que solamente puede ser afectada en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente y por motivo previamente definido en la ley, además de que expresamente prevé que no podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas.

El delito aludido solamente tiene cabida cuando el funcionario judicial investido de competencia para afectar el derecho a la libertad, en el sistema procesal de la Ley 600 de 2000 los fiscales y los jueces, abusando de las funciones en ellos discernidas, privan de la libertad a una persona excediendo el marco de su competencia, es decir, cuando la orden emitida para afectar ese derecho no se corresponde con los supuestos constitucionales y legales que la sustentan, por lo que en tratándose de casos adelantados bajo la égida de la ley en cita, la misma se restringe a los casos de captura para indagatoria y cumplimiento de la detención preventiva».

Por la misma senda, en la decisión CSJ AP4557-2018, Rad. 48694, indicó lo siguiente: «43. Cabe recordar que en anteriores

oportunidades, la Sala ha indicado que se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado, comoquiera que debe ser cometido por un servidor público investido de competencia o que entre sus funciones se encuentre la de disponer de la libertad (CSJ SP. 19 dic 2012, rad. 39109). 44. Dicho funcionario debe llevar a cabo el verbo rector del tipo penal consistente en **privar de la libertad** a una persona, lo cual comporta impedirle o limitarle la libre locomoción a través de mecanismos **ilegales o, lo que es lo mismo, mediante herramientas que no correspondan a los supuestos que la ley ha consagrado para llevar a cabo tal afectación** (CSJ SP. 19 dic 2012, rad. 39109). Este último aspecto converge en el ingrediente normativo del tipo penal, según el cual, el agente debe **abusar de sus funciones** al momento de ordenar o decretar la captura para que se configure el reato (CSJ SP. 19 dic 2012, rad. 39109). Finalmente, se trata de un delito eminentemente **doloso**, por lo que el ciudadano que incurra en él deberá contar con conocimiento y voluntad para llevarlo a cabo. (...)

Resulta imperioso hacer una aclaración, en el sentido que el censor equipara erróneamente la captura en flagrancia con la legalidad de la privación de la libertad. Sin el ánimo de profundizar en el tema, cabe anotar que una persona puede ser aprehendida en situación de flagrancia y, no obstante, ser limitada en su derecho de locomoción de manera ilegal, como acontece, por ejemplo, cuando sobre ella se imponen tratos crueles o inhumanos, se prolonga injustificadamente la detención o, incluso, cuando se retiene por un delito que no comporta detención preventiva. En criterio de la Corte, se trata de dos fenómenos procesales diversos».

En cuanto a la consumación del delito, la Sala en la decisión CSJ AP4710-2017, Rad. 49662, trajo a colación la postura que sobre este

tema expuso en la providencia CSJ AP, 23 ene. 2008, Rad. 25392, así:

«Ahora bien, a efectos de determinar la fecha de ocurrencia de los hechos en el caso que concita la atención de la Corte en esta oportunidad, resulta oportuno traer a remembranza la decisión proferida en CSJ AP del 23 de enero de 2008, rad. 25392, en donde se dijo lo siguiente: Como es bien sabido, el delito de privación ilegal de la libertad es de aquellos denominados materiales, en la medida en que sólo es dable afirmar su consumación en tanto efectiva y físicamente se produzca el hecho antijurídico de privar a una persona de su libertad sin que medie fundamento jurídico para ello. Desde el punto de vista de su contenido, también se le ha caracterizado como **reato permanente, toda vez que la realización de la conducta o la producción del evento típico no se agota en un solo instante, sino que ella perdura o se prolonga durante todo el tiempo en que se mantenga el proceso consumativo, en tanto no se produzca la liberación del detenido a iniciativa de quien directamente la ha coartado, o de quien debe hacer cesar su vulneración, o de un tercero, o por circunstancias no vinculantes con las personas a quienes resulta imputable. (...)**».

El delito **prolongación ilícita de privación de la libertad** se encuentra definido en el artículo 175 del Código Penal, según el cual “El servidor público que prolongue ilícitamente la privación de libertad de una persona, incurrirá en prisión de treinta y seis (36) a sesenta (60) meses y pérdida del empleo o cargo público. Igual que en el anterior tipo penal, este punible sanciona la transgresión del bien jurídico tutelado de la libre locomoción individual de las personas, y se configura, según lo ha señalado esta Corte, cuando a pesar de que una persona es aprehendida legalmente,

conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia, no se cumplen los presupuestos formales y sustanciales posteriores tendientes a mantener ese estado de legalidad, o cuando habiendo concluido las causas que dieron lugar a la privación lícita de la libertad, se mantiene el estado de reclusión, no permitiendo que se recupere el derecho a la libre locomoción individual. En ese sentido se indicó: “Mediante este tipo penal se sanciona penalmente un atentado contra la libertad de locomoción individual de las personas, y en esencia, tiene lugar cuando a pesar de que una persona ha sido privada legalmente de su libertad, esto es, bajo los lineamientos del artículo 28 de la Carta Política, no se cumplen los presupuestos formales y sustanciales posteriores, tendientes a mantener ese estado de legalidad; o, cuando habiendo cesado las causas que dieron lugar a la privación lícita de la libertad, se mantiene tal situación, no permitiendo que se recupere dicha libertad. En el primer supuesto, caben aquellos casos en que no se formaliza la captura, o cuando no se recepciona dentro del término legal la indagatoria, o se resuelve la situación jurídica, o como cuando no se acude a legalizar una captura en flagrancia. En el segundo supuesto, caben aquellos casos en que el reo ha cumplido la pena y no obstante ello, el estado de privación de la libertad es extendido indebidamente por el servidor público.” Es decir, que el desvalor de la conducta a la que se hace referencia surge cuando se prolonga la privación de la libertad más allá de los límites legalmente permitidos. En las mencionadas decisiones, igualmente, se precisó: El delito de prolongación ilícita de privación de la libertad, es esencialmente doloso. Conforme ya se ha dicho por la Corte, “El dolo en esta conducta, se concreta entonces en el conocimiento que tiene el servidor público de la manifiesta ilegalidad

de la prolongación de la detención originariamente legítima de una persona, sin justificación legal, y la conciencia de que con tal determinación se vulnera sin derecho el bien jurídico de la libertad, sin que sea menester demostrar el móvil que guió la acción del funcionario.

El delito de **detención arbitraria especial**, del artículo 176 de la Ley 599 de 2000, establece “El servidor público que sin el cumplimiento de los requisitos legales reciba a una persona para privarla de la libertad o mantenerla bajo medida de seguridad, incurrirá en [...]”. Se trata de un delito de resultado, de lesión, de conducta instantánea, pluriofensivo, y debe realizarse con dolo, dado que no admite la modalidad culposa. Como en los anteriores tipos penales, el sujeto activo es cualificado, es decir, servidor público con competencia funcional de recibir personas, en camino de privarlas de la libertad o mantenerlas bajo medida de seguridad. Según la doctrina, la conducta, tiene que ver con la acción establecida en el verbo rector recibir, que para este caso significa admitir el ingreso de una persona, contra quien recae la privación de la libertad, con efectivo internamiento en establecimientos de reclusión, psiquiátricos, clínicas, dependencias de reclusión transitorias de policía, cuarteles de policía o militares y demás establecimientos de carácter oficial habilitados como lugares de reclusión.

El elemento normativo se refiere a la realización de la conducta con la inobservancia de los requisitos legales para admitir e internar a una persona en los establecimientos antes mencionados, en aras de que cumpla una medida de aseguramiento o de seguridad. En la generalidad de los casos, son sujetos activos de la mencionada conducta los directores o empleados de los lugares de reclusión antes mencionados, quienes

estén encargados de recibir personas para privarlas de la libertad o mantenerlas bajo medidas de seguridad. Por tanto, no hay lugar a extender los efectos de la prolongación ilícita de privación de la libertad, dado que el tipo penal reclama de una condición especial para el obrar del funcionario público, relacionada con recibir al detenido en el centro de reclusión, situación que se insiste, no se presentó en el caso de este último, por no tener éste la facultad para actuar de la manera que le fue atribuida. Por manera que como XXX no recibió al detenido para privarlo de la libertad en las condiciones indicadas por la norma típica, es razón suficiente para determinar que no incurrió en el delito de detención arbitraria especial; de ahí, que su conducta resulte atípica frente a la ley penal. Por las razones indicadas, la Sala casó el fallo de condena y, en su lugar, absolvió por el delito de el delito de privación ilegal de la libertad –art. 174 del C.P.- y por detención arbitraria especial – art. 176 del C.P. Finalmente, la Corte, en su deber de resguardar las garantías fundamentales de las partes e intervinientes en la actuación, advierte necesario realizar un pronunciamiento oficioso –art- 216 de la Ley 600 de 2000-, en orden a restablecer los derechos del acusado condenado por el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad. La defensa de este no recurrió en casación”. **casó oficiosamente el fallo de condena, respecto del delito de prolongación ilícita de privación de la libertad -artículo 175 del C.P.- en su lugar absolvió al procesado.” (...)**

(Subrayado y negrilla de Relatoría TSMP).
Proveído completo únicamente para esta instancia siguiendo el hipervínculo: **SP270-2023 Rad. 61330** del 19 de julio de 2023 MP. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

2. SP247-2023 (62317) del 28 de junio 2023². La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al resolver recurso extraordinario de casación instaurado por la defensa contra el fallo condenatorio de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior Militar y Policial, casó el fallo de segunda instancia y declaró la extinción de la acción penal derivada de la conducta punible de peculado por apropiación, por prescripción, decretando en consecuencia la cesación de procedimiento.

“DECLARATORIA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN SEDE DE CASACIÓN:

La Corte ha expuesto pacíficamente el rumbo que ha de seguir el recurso extraordinario de casación en aquellos eventos en los que se verifica la prescripción de la acción penal, dependiendo del momento procesal en el que dicho fenómeno se configura. Dijo, entre otros, en fallo CSJ SP4281 – 2020 lo siguiente: La prescripción desde la perspectiva de la casación, puede producirse: a) antes de la sentencia de segunda instancia; b) como consecuencia de alguna decisión adoptada en ella con repercusión en la punibilidad; o, c) con posterioridad a la misma, vale decir, entre el día de su proferimiento y el de su ejecutoria. Si en las dos primeras hipótesis se dicta el fallo, su ilegalidad es demandable a través del recurso de casación, porque el mismo no se podía dictar en consideración a la pérdida de la potestad punitiva del Estado originada en el transcurso del tiempo. Frente a la tercera hipótesis la situación es diferente.

En tal evento la acción penal estaba vigente estaba vigente al momento de producirse el fallo y su legalidad en esa medida resulta indiscutible a través de la casación, porque la misma se encuentra instituida para juzgar la corrección de la sentencia y eso no incluye eventualidades posteriores, como la prescripción de la acción penal dentro del término de ejecutoria.

Cuando así sucede, es deber del funcionario judicial de segunda instancia o de la Corte si el fenómeno se produce en el trámite del recurso de casación, declarar extinguida la acción en el momento en el cual se cumpla el término prescriptivo, de oficio o a petición de parte. Pero si no se advierte la circunstancia y la sentencia alcanza la categoría de cosa juzgada, la única forma de remover sus efectos e invalidarla es acudiendo a la segunda de las causales que hacen procedente la acción de revisión».

También reconoce la jurisprudencia que, si la prescripción de la acción se materializa antes de proferir el fallo de segundo nivel, en sede del recurso extraordinario ha de emitirse una sentencia de casación, dado que el trámite posterior al cumplimiento del término prescriptivo es ilegal y comporta una vulneración del debido proceso. En sentencias CSJ SP353 – 2021, CSJ SP SP1962 – 2019 (Rad. 48384) y CSJ SP5050 - 2018, advirtió: 1. Cuando la prescripción opera después de la sentencia de segunda instancia, se debe decretar directamente y cesar procedimiento con independencia del contenido de la demanda (se prescinde del juicio de

² Corte Suprema de Justicia SP247-2023 (62317) del 28 de junio de 2023 MP. Carlos Roberto Solórzano Garavito.

admisibilidad), por haberse dictado el fallo en forma válida, en cuanto se hallaba vigente la facultad sancionadora del Estado. **2. Cuando la prescripción ocurre antes de la sentencia de segunda instancia**, es necesario distinguir dos hipótesis: a) **Si el error ha sido planteado en la demanda, se debe admitir el libelo y definir el cargo mediante fallo de casación, con prescindencia de los restantes ataques si han sido planteados.** b) Si el recurrente no formuló el reproche, le corresponde a la Corte analizar la ocurrencia del fenómeno extintivo, casar de oficio para anular el fallo y, como consecuencia de ello, inadmitir la demanda por ausencia de objeto, sin que resulte, entonces, procedente, por innecesario y en virtud del principio de economía procesal, agotar el juicio de admisibilidad de los cargos contenidos en el libelo. **Desde luego, en caso de haberse admitido la demanda, no habrá lugar a emitir pronunciamiento sobre los cargos allí formulados** (resaltados de la Sala). **Parámetros para la contabilización del término prescriptivo de la acción penal.** La Ley 600 de 2000 bajo cuya égida se adelanta este asunto, en consonancia con el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 en los términos que para aquel sistema rigen, establece que, durante la fase de instrucción, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena dispuesta en la ley para el delito atribuido, sin que dicho término pueda en ningún caso ser inferior a 5 años ni superar el de 20 años. A su vez, conforme lo estipula el artículo 86 ibidem, tal lapso se interrumpe con la resolución de acusación o su equivalente y se cuenta nuevamente a partir de la ejecutoria de ese acto procesal, por un tiempo igual a la mitad del máximo de la pena fijada por el legislador para el delito imputado en los términos del art. 83 del Código Penal, sin que pueda ser inferior a 5 años ni superior a 10.

Y si el delito es cometido por servidor público en ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, ha de incrementarse en un determinado porcentaje dependiendo de la ley vigente para el tiempo de ocurrencia del hecho. Así, según lo previsto en el texto original de la Ley 599 de 2000, el término de prescripción se aumenta en la tercera parte, el cual, una vez interrumpido en la fase de juzgamiento, no será inferior, entonces, a 6 años y 8 meses.

De otra parte, según la jurisprudencia de la Corte, para determinar si operó la prescripción de la acción penal ha de tenerse en cuenta la calificación de la conducta punible consignada en la sentencia, así: "... tiene definido la jurisprudencia de la Sala, que **la calificación asumida en la sentencia, aun no estando ejecutoriada, tiene calidad definitiva, para todos los efectos legales, incluida la prescripción:** «La ley penal colombiana vincula, inexorablemente, casi todas sus instituciones al cuadro normativo previsto para los hechos que se regulan en ella. Sin embargo, dicho cuadro normativo va adquiriendo su perfil definitivo a través del juicio de valor que sobre los hechos y sobre el derecho se lleva a cabo progresiva y provisionalmente a través del trámite y las etapas procesales. De allí se deriva, entonces, como lo ha sostenido la Corte, que las variaciones a la calificación jurídica de la conducta imputada, introducidas a través del proceso, deben considerarse para los cómputos propios de la prescripción y produciendo efectos que se han asimilado a los de la retroactividad. (Confrontar sentencias de marzo 24/81 y noviembre 16/93, por ejemplo). Esto no puede ser sino así, si se repara en que **la acción penal que prescribe es la generada por el delito respectivo y que éste por su parte, adquiere su identificación plena y definitiva en el acto de sentencia.**

De este modo, mientras el sistema prescriptivo esté diseñado con referencia a la identificación jurídica del hecho punible, pues que allí se constata la duración de su pena y por ende el término de prescripción, **tendrán que admitirse las repercusiones que sobre el fenómeno extintivo de la acción tenga la calificación definitiva**, sea que se afecten con ello fases superadas del proceso o que, como acá, se influya la sentencia misma impidiendo su ejecutoria.

No se trata de plantear acá la conveniencia o inconveniencia de que un sistema como el indicado produzca en las calificaciones jurídicas que se formulan durante el trámite, actos jurídicos inestables o inseguros, sino de que mientras el sistema de prescripción se sostenga sobre este modelo y estas regulaciones de derecho positivo, es inevitable que el fenómeno prescriptivo esté sujeto al vaivén de la calificación definitiva hecha en la sentencia y que ella produzca efectos sustanciales y procesales sobre todas las consecuencias jurídicas derivables de la misma. Si no fuese así el asunto, prevalecería en el proceso lo formal sobre lo sustancial, sobre la justicia material, e incluso podrían llegarse a patrocinar formas de deslealtad procesal. Piénsese si no, en que por otra vía hermenéutica como la sostenida por la Corte hasta abril de 1977, el sujeto de la función acusadora podría impedir la prescripción de un delito deduciendo agravantes inexistentes en la resolución de acusación en desmedro del derecho del imputado a su declaratoria, puesto que se daría carácter de inmutable a lo que no lo tiene por naturaleza, es decir al acto calificadorio, cuya misión al interior del proceso es netamente funcional pues no tiene por objeto decidir la litis sino el ámbito dentro del cual se desenvolverán la acusación y la defensa» (CSJ AP, de 28 de abril de 2004, Rad. 22058. En igual sentido, entre otras, providencias de 21 de enero y

27 de octubre de 2008, 20 de mayo de 2009 y 29 de septiembre de 2010, radicados 22660, 30641, 31171 y 34613, en su orden).

Bajo tales premisas la prescripción de la acción en la fase instructiva no supone ningún problema. El delito de peculado por apropiación previsto en el art. 397 inc. 3º del Código Penal, comporta una sanción máxima de 13 años y 4 meses (con el correspondiente aumento por la calidad de servidores públicos de los acusados). Interrumpida la prescripción por la ejecutoria de la acusación, ha de contabilizarse desde ese momento procesal así: la pena máxima del delito diez (10) años de prisión, en los términos del art. 397 inc. 3º del Código Penal) se divide a la mitad (5 años) y, de nuevo, debe incrementarse en una tercera parte por la calidad de servidores públicos de los acusados, lo que delimita el plazo en **6 años y 8 meses**. Así, se muestran los cálculos correspondientes con que cuenta el Estado con la potestad de persecución penal.

En conclusión, es claro, que en el asunto se materializó el fenómeno prescriptivo de la acción penal cuando el expediente se encontraba en el Tribunal Superior Militar y Policial, y para cuando se emitió el fallo de segundo grado el Estado había perdido su potestad punitiva. Disponiendo **CASAR** la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar y Policial y **DECLARAR** la extinción de la acción penal derivada de la conducta punible de peculado por apropiación, por prescripción” (...)

(Subrayado y negrilla de Relatoría TSMP). Proveído completo únicamente para esta instancia siguiendo el hipervínculo: **SP247-2023 Rad. 62317** del 28 de junio de 2023 MP. Carlos Roberto Solórzano Garavito.



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