



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 visualizar el contenido completo, se recomienda revisar las providencias en la Página Web: <https://www.iusticiamilitar.gov.co>

I. PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL AGOSTO 2023

1. CONSTITUCIÓN DE PARTE CIVIL: Constitución y participación. El artículo 305 de la Ley 599 de 2000, consagrada la constitución de la parte civil en el proceso penal y tiene por objeto exclusivo el impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos. Esta podrá constituirse por el perjudicado con el delito y por intermedio de abogado titulado, desde el momento de la apertura de la investigación hasta antes de que se dicte el auto que señala fecha y hora para la iniciación de la audiencia pública de juzgamiento. En la nueva sistemática procesal penal, las víctimas adquirieron un papel protagónico en el proceso, pudiéndose hacer parte en el mismo y con legítimos derechos para asistir a las diferentes audiencias, enterándose de los pormenores del proceso y también constituyéndose en parte civil con un apoderado que pudiera ejercer un rol dinámico para materializar entre otros derechos la búsqueda de la verdad, justicia y reparación. Es así entonces que ese derecho de las víctimas a participar al interior del proceso penal, no requiere exclusivamente que el daño que se persigue sea resarcido, porque los derechos violentados no necesariamente pueden ser de contenido patrimonial, dado que pueden existir otros derechos que se pueden afectar con la comisión de una conducta delictiva, lo que a luces de la jurisprudencia, se denominaría víctima indirecta, que es la persona, natural o jurídica que ha resultado damnificada con la conducta. **VÍCTIMAS - PERJUDICADOS: Distinciones conceptuales. Presupuestos para su participación.** La Relación de los conceptos de víctima y perjudicado; el primero de ellos se direcciona a la

Legitimación en la causa. El artículo 307 de la Ley 522 de 1999 hace referencia al rechazo de la demanda cuando nos encontramos frente a la ilegitimidad de la personería del demandante, aspecto éste que guarda un estrecho vínculo con el análisis de la legitimación en la causa de quien pretende constituirse en parte civil dentro del proceso penal, tópico neurálgico para determinar si es admisible o no la demanda. La Corte Constitucional sobre la materia ha irradiado: *"(...) Ahora bien, esta Corporación ha establecido que el derecho de acceso a la justicia está profundamente relacionado con el derecho al debido proceso. En ese orden de ideas, si la Constitución determinó que "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (art. 29 C.P.), sería paradójico sostener que habiéndose ampliado el debido proceso a lo administrativo se restringiera en cuanto tocará con una expresión de la justicia penal: la militar. Por eso, constituye una discriminación injustificada que quienes son víctimas o perjudicados de delitos investigados por la justicia penal ordinaria puedan acceder al proceso penal, mientras que quienes son víctimas o perjudicados de ilícitos investigados por la justicia penal militar no puedan hacerlo. Si alguien ha sido víctima o perjudicado por un hecho investigado por la justicia penal militar, tiene derecho a acceder al proceso penal. La manera de tener este acceso a la justicia, cuando se trata de la madre del muerto, es constituyéndose, si ella lo desea, y en el momento oportuno, como parte civil dentro del proceso penal correspondiente."* **PARTE CIVIL:**

persona que sufre un daño o en cabeza de la cual se materializa la conducta típica. Mientras que la noción de perjudicado tiene un alcance mayor en la medida que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea de carácter patrimonial. Tal alusión de conceptos deviene porque la Ley 522 de 1999 no había consolidado el concepto de víctima como se pondera en la actualidad, teniendo en cuenta que el título quinto del código penal militar se refería exclusivamente a: Ministerio Público, Fiscalía Penal Militar, Procesado, Defensor y Parte Civil. La Corte Suprema de Justicia sobre el tema ha dicho: *“Ahora, si bien no es posible desconocer que en el incidente de reparación es factible cuestionar la calidad de víctima de quien así se anuncia, no se debe olvidar el alcance de tal concepto. Resulta entonces oportuno recordar, que sobre el particular la Sala ha expresado lo siguiente: (...) El vocablo víctima se refiere a la “persona que padece un daño por culpa ajena o por causa fortuita” y la expresión perjudicado designa a quien “ha sido víctima de daño o menoscabo material o moral” Se trata, entonces, de términos de similar acepción, razón que explica por qué la Ley 906 de 2004 los englobó en el término genérico “víctima” otorgándole trato análogo al exigir para ambos el señalamiento de un daño en concreto que los autorice a participar en el proceso penal. Y si bien la Ley 906 de 2004 en los artículos 56, numerales 2, 5, 9 y 10; 71, 75, 111, literal d), y 524, utiliza la expresión “perjudicados”, lo hace para referirse a las víctimas indirectas del delito para diferenciarlas de la víctima directa o sujeto pasivo del delito. En este aspecto, dicha normatividad acoge la distinción efectuada por la Corte Constitucional entre las categorías víctima y perjudicado, que enfatiza en el origen del daño a reparar sin soslayar la exigencia de un daño real y*

jurídicas”. Así entonces los derechos de las víctimas y perjudicados en la Justicia Penal Militar devienen de un desarrollo de la jurisprudencia constitucional que generó cambios esenciales en la legislación, al punto que logró una participación de la parte civil dentro de la actuación procesal y prueba de ello es que el nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010- estableció un sistema procesal acusatorio dentro del cual otorgó un rol activo a las víctimas. Ahora bien, para que dicha participación sea impoluta se requiere que se demuestre la calidad de víctima o en general que la persona haya sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea la naturaleza de éste -no necesariamente de contenido patrimonial-, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, aun cuando, de existir, esté indemnizado el daño patrimonial. Significa lo anterior, que el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el paginario es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a lograr el resarcimiento patrimonial. La determinación en cada caso de quien tiene el interés legítimo para intervenir en el proceso penal también depende, entre otros criterios, del bien jurídico protegido que resultó afectado, de su lesión y del daño sufrido por los afectados por la conducta prohibida. Conforme a lo expuesto, la legitimación en la causa se encuentra íntimamente ligada con la calidad que adquieren las partes dentro del proceso, así lo ha concebido la doctrina: *“(...) La legitimación sólo existe cuando demanda quien tiene por ley sustancial facultad para ello, precisamente contra la persona frente a la cual la pretensión de que se trata tiene que ser ejercitada. De modo que la calidad en virtud de la cual una pretensión puede y debe ser ejercitada contra una persona en nombre propio se*

llama legitimación para obrar, activa para aquel que puede perseguir judicialmente el derecho y pasiva para aquel contra el cual esta se hace valer (...)". En consideración a lo dicho, la legitimación *ad processum* o capacidad procesal es un presupuesto que tutela el derecho individual de defensa, establecido para asegurar la debida representación de los sujetos entre quienes se traba la relación jurídico procesal, resultando ser un elemento de procedencia para la admisión de la demanda. **RAD. 159918 –15-AGO-2023 – REVELACIÓN DE SECRETO – APELACIÓN AUTO QUE RECHAZA DEMANDA DE PARTE CIVIL - MP. CR JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO– REVOCA.**

2. MEDIDA DE ASEGURAMIENTO:

Requisitos para imponerla. Reseña jurisprudencial.

El marco jurídico conceptual de las medidas de aseguramiento fue aquilatado por esta Corporación, al desarrollar los requisitos para efectos de su imposición y que de igual manera se ha hecho énfasis en los fines contemplados en el canon 250.1 de la Carta Política, sin desconocerse que nuestra jurisdicción especializada ha de someterse a los mismos. En consecuencia, se hace necesario examinar en cada caso concreto si se requiere imponer la medida intramuros para: a) Asegurar la comparecencia al proceso del sindicado y la eventual ejecución de la pena; b) La preservación de la prueba, evitando que realice actos dirigidos a ocultar o destruir los medios probatorios; c) La protección de la comunidad de la comisión de nuevos delitos. **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO: Test de proporcionalidad. Fin perseguido.** El operador judicial debe tener claro que en la actualidad el análisis de los fines debe versar en el test de proporcionalidad que concita tres subprincipios, como son: adecuación, necesidad y proporcionalidad, por lo que la procedencia de la medida de

aseguramiento ya no está circunscrita a la clase de delito y valoración de pruebas, sino que, además, resulta indispensable el examen de los fines constitucionales y legales establecidos para la detención preventiva, máxime cuando de forma imperativa así lo prevé el canon 466 de la Ley 1407 de 2010. Obligado resulta también recordar que la medida de aseguramiento debe adoptarse cuando se conciba como adecuada o idónea, necesaria, proporcional y razonable, esto es, será adecuada si el medio es suficiente para la consecución del fin, vale decir, cuando solo privando de la libertad se alcanza el propósito de justicia material; será necesaria, cuando no exista otra manera para lograr el fin, que la afectación provisional del derecho fundamental; y será proporcional, si sopesados los derechos a una adecuada justicia y restricción de libertad, pesa más éste para garantizar aquel. Asimismo, deviene oportuno expresar que a mayor restricción y menor beneficio se vulnera el test de proporcionalidad, en tanto, que a menor restricción y mayor beneficio se está elaborando un ajustado test de proporcionalidad. La medida de aseguramiento de restricción de libertad es excepcional y que cuando la dispone el juez debe ser lo suficientemente juicioso y riguroso de acreditar el fin que persigue con la misma y no solo sugerirlo o presumirlo por la naturaleza del delito. Como tampoco olvidar que los requisitos para imponerla deben ser valorados en un contexto temporo espacial que objetivamente sugiera lo imprescindible de aquella. Si bien es cierto la normatividad penal castrense es estricta y clara en establecer que solo procede en los delitos contra la disciplina y el servicio medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, también lo es, que estos bienes jurídicos son de especial cuidado e interés en una institución jerarquizada, que se rige

por normas y el cumplimiento de los fines esenciales adjudicados a las Fuerzas Militares, como bien lo citara esta Corporación en otrora oportunidad: "(...) *Es necesario que la sociedad militar conviva en su interior disciplinada, cohesionada, ordenada, en condiciones óptimas de coexistencia, porque ello se traduce en preservación de la estructura, jerarquía, subordinación; sólo así se alcanza eficazmente el éxito y por ende el cumplimiento de las finalidades constitucionales a las cuales se debe la Fuerza Pública. En suma, la disciplina contribuye a la legitimidad, integridad, seguridad e interés de las Fuerzas Militares y de Policía; propósitos que no sólo se reclaman, dentro del concepto de interés general en la colectividad "Fuerza Pública", sino, en la sociedad en general (...)*". RAD.

159951 – 02-AGO-2023 – FAVORECIMIENTO DE LA FUGA – APELACIÓN MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA - MP. CR. SANDRA PATRICIA BOTÍA RAMOS – REVOCA Y ORDENA LIBERTAD.

3. FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO: Estructura típica.

Lo establece el artículo 286 del Código Penal (Ley 599 de 2000). De acuerdo con lo dispuesto tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, se trata de un tipo penal de peligro presunto y el bien jurídico que protege es la fe pública. Se requiere de un sujeto activo cualificado, el cual debe ser un servidor público en ejercicio de sus funciones. Su verbo rector es plural alternativo; basta con que se incurra en una de las conductas descritas para que se consume el comportamiento: "Consignar" una falsedad o "callar" total o parcialmente la verdad. El objeto material de este reato es un documento público que pueda servir de prueba; puede tratarse de un original o una copia. Respecto de su ingrediente

descriptivo, la conducta se centra en un espacio o contexto concreto; esto es, debe ser al momento de extender el documento público que pueda servir de prueba. El elemento subjetivo de este delito es el dolo, que puede ser directo o a título de dolo eventual. La falsedad ideológica es susceptible de producirse en documentos que están llamados a ser verdaderos y tal veracidad ideológica de los documentos públicos es irrefutable porque dichos documentos están naturalmente emplazados a contener la verdad. En igual sentido, todos los servidores públicos están jurídicamente obligados a ser veraces en las actuaciones propias del ejercicio de su cargo, en virtud de la función certificadora de la verdad que el Estado les ha confiado, y la presunción de autenticidad y veracidad de que se encuentran amparados los documentos en cuya elaboración intervienen.

DOCUMENTO PÚBLICO: particularidades y definición del Informe.

Respecto de la calidad de documento público del informe, este se ha definido normativamente como aquel otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención o por un particular en ejercicio de funciones públicas. El artículo 294 del Código Penal establece que documento para efectos de la ley penal es toda expresión de persona... recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria; y, en esta descripción cabe perfectamente el informe, toda vez que recoge la expresión de unos hechos presenciados y comunicados por funcionarios públicos en ejercicio de su función. Así mismo, el informe, puede servir de prueba, esto es, porque es apto en sí mismo para crear, modificar o extinguir una determinada situación jurídica y reviste connotación jurídica, toda vez que puede producir un

perjuicio y tiene la potencialidad de engaño a la comunidad. **FRAUDE PROCESAL: Elementos del tipo penal.** En el tipo penal de fraude procesal se advierte la existencia de los siguientes elementos: i) Sujeto activo: "el que". ii) Sujeto activo indeterminado, en la medida que no se exige cualificación especial en el autor del tipo penal y la conducta puede llevarse a cabo por cualquier persona. iii) Verbo rector: Inducir en error. iv) Se trata de un tipo penal de mera conducta, de manera que se busca inducir (a través de medios fraudulentos) al funcionario correspondiente. v) Objeto material indirecto: A un servidor público. vi) El servidor público que tenga la competencia para emitir la sentencia, resolución o acto administrativo que se pretenda obtener. vii) Ingredientes: "La sentencia, resolución o acto administrativo". vii) Ingrediente normativo sobre lo que recae la finalidad del tipo penal. viii) "Por cualquier medio fraudulento induzca en error" El empleo de medios fraudulentos idóneos en tratándose de un delito de mera conducta, es decir, que para su perfeccionamiento no se necesita que el funcionario haya sido engañado, sino que los mecanismos utilizados tengan la fuerza suficiente para ello. Si se comprueba que ese acto no reviste esa especial connotación, no será viable el juicio de adecuación típica, pues si bien el legislador prevé la utilización de cualquier medio fraudulento para el propósito indicado en la norma, éste debe contar con la aptitud o la fuerza necesaria para incidir en el razonar del sujeto pasivo de la conducta, hasta el de sustraerle a una verdad específica, para introyectarle, en su defecto, una convicción distante de la realidad. Ingrediente subjetivo: Consagra un ingrediente subjetivo específico de manera que la conducta se oriente a conseguir una decisión injusta favorable a los intereses del autor por medio de sentencia, resolución o acto administrativo. **FRAUDE PROCESAL: Consumación de la conducta y resultado lesivo.** Respecto de la consumación, la Corte ha dicho que este reato no exige resultado, *"sólo debe considerarse consumado, cuando el autor en desarrollo de su actividad fraudulenta y dolosa induzca en error al funcionario y perdura mientras subsista el error, porque la vulneración del interés jurídico protegido por la norma se prolonga a través del proceso durante el tiempo en que la maniobra engañosa siga produciendo sus efectos sobre el empleado oficial. De ahí que, para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error, o sea desde cuando la ilícita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cese la lesión que por este medio se venía ocasionando a la administración de justicia"*. Asimismo, ha expuesto que, el delito de fraude procesal comienza cuando el servidor público es inducido en error y se prolonga su consumación durante el tiempo que se mantenga, con independencia de si se consigue o no la pretendida sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, e inclusive luego, si son necesarios actos ulteriores para su ejecución. Respecto del resultado lesivo, como ingrediente subjetivo, ha indicado la jurisprudencia que se agota no necesariamente con la obtención de sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley pretendida por el autor. Se ha dicho de forma pacífica que, llegado el caso en que por diversas causas, el servidor público que haya sido inducido en error no profiera la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, indudablemente, el delito de fraude procesal se entiende consumado, siempre que ese error haya sido determinante para realizar el servidor un acto de trascendencia funcional distinto al

pretendido finalísticamente por el autor.

CALUMNIA: Descripción típica. Establece la norma castrense, Ley 1407 de 2010 en su artículo 122. *CALUMNIA. El que impute falsamente a otro militar o policía una conducta punible relacionada con sus deberes militares o policiales, incurrirá en prisión...* Se tiene que este reato en su clasificación es considerado un delito de peligro, de conducta instantánea, mono-ofensivo. Tiene un sujeto activo, indeterminado singular; y, un sujeto pasivo indeterminado quien es titular del derecho a la integridad moral amenazada. Verbo determinador simple: Imputar. Calificación comportamental: el hecho imputado ha de ser falso tanto por el aspecto subjetivo como objetivo; el agente ha de conocer que el sujeto pasivo no ha ejecutado el delito y este, objetivamente, no debe haberlo realizado. Es un delito normativamente doloso, con un fin específico indeterminado. La imputación señalada de calumniosa debe ser clara, concreta, circunstanciada y categórica, de modo que no suscite dudas.

CALUMNIA: Elementos para estructurarse. El estatuto castrense tipificó en forma concreta el delito de calumnia, exigiendo como elemento objetivo la imputación falsa de un miembro de la Fuerza Pública a otro en referencia a hechos punibles relacionados con sus deberes militares o policiales; y requiere de elementos para estructurarse como:

1. La atribución de un hecho delictuoso a persona determinada o determinable.
2. Que el hecho delictuoso atribuido sea falso.
3. Que el autor tenga conocimiento de esa falsedad.
4. Que el autor tenga la voluntad y conciencia de efectuar la imputación.

RAD. 157936 –31-AGO-2023 – FALSEDADE IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO EN CONCURSO CON FRAUDE PROCESAL Y CALUMNIA – APELACIÓN SENTENCIA ABSOLUTORIA - MP. CR. GUSTAVO ALBERTO SUÁREZ DÁVILA – CONFIRMA.

4. ORDEN DE CAPTURA: Control de legalidad. La restricción del derecho a la libertad personal cuando se genera por mandato escrito se efectúa con las formalidades del artículo 455, contenido y vigencia del 456 y trámite del 457, de la Ley 1407 de 2010 y, a partir de estos mandatos legales se configuran una serie de controles, previos, concomitantes y posteriores para la expedición y materialización de la orden de captura. Dentro del control previo, tenemos que a la luz del artículo 28 Constitucional y 173 de la Ley 1407 de 2010 se configura la existencia de una orden judicial por una autoridad competente, que se puede originar en audiencia de carácter reservado con las formalidades legales establecidas en la ley procesal militar y policial; audiencia a cargo del Juez de Control de Garantías, en la que se efectúa un primer control, para estudiar la viabilidad de proferir o no, conforme a la fundamentación que realice la Fiscalía, una orden de captura. El control subsiguiente recae en cabeza de la Fiscalía y de la autoridad competente a quien ordenará su cumplimiento, ello en atención a lo dispuesto en el artículo 457 de la Ley Castrense, *“Proferida la orden de captura, el funcionario judicial la enviará inmediatamente a la Fiscalía Penal Militar para que disponga el organismo de policía judicial encargado de realizar la aprehensión física, y se registre en el sistema de información que se lleve para el efecto. De igual forma deberá comunicarse cuando por cualquier motivo pierda su vigencia, para descargarla de los archivos de cada organismo, indicando el motivo de tal determinación.”*. Realizada la captura de la persona requerida, con base en la orden escrita emanada del Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, viene el siguiente control que inicia con el agente captor y el Fiscal asignado, con el fin de que sean garantizados y materializados

los derechos que le asisten a la persona capturada y en el tiempo legalmente establecido. Finalmente, ante el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, se efectuará el control posterior a la captura, en donde se tiene al privado de la libertad por orden previa y escrita legalmente emitida, control que tiene como un derecho al habersele restringido su libertad; dicho examen, busca por una parte, acreditar la existencia y vigencia de la orden de captura y, por otra, verificar el trato que recibió el capturado durante su detención física y el tiempo que estuvo bajo custodia de funcionarios estatales, hasta el momento que es dejado a disposición del Juez Constitucional y de forma general, que no se le hayan vulnerado derechos de forma arbitraria o injustificada con ocasión de la limitación de su libertad. Así lo ha referido la Corte Constitucional: “[...] *la intervención judicial se erige así en una importante garantía de la libertad en cuanto es el juez el llamado a velar por el cumplimiento y efectividad de los mandatos constitucionales y legales en cada caso en particular. En ese orden de ideas destacó que “La libertad encuentra así solo en la ley su posible límite y en el juez su legítimo garante”. La condición de garante del juez se afianza sobre los rasgos de autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones, los cuales cobran particular relevancia en dos momentos: (i) cuando desarrolla la tarea de ordenar restringir el derecho a la libertad en los precisos términos señalados en la ley; y (ii) cuando cumple la labor controlar las condiciones en las que esa privación de la libertad se efectúa y mantiene.”* Del precepto anterior se desprenden dos situaciones; la primera, se requiere mandamiento por escrito y; la segunda, la vigencia máxima es de seis (6) meses; luego, diáfano y cristalino está que el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, en cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales y legales, le está permitido insertar una fecha de vigencia a la orden que emita, siempre y cuando no supere los 6 meses; claro está, porque el control sobre el término, ya sea judicial o legal que se imponga, deberá ser controlado por la Fiscalía Penal Militar y Policial, conforme dispone el artículo 456 de la Ley 1407 de 2010, *“podrá prorrogarse tantas veces como resulte necesario, a petición del fiscal correspondiente, quien estará obligado a comunicar la prórroga al organismo de policía judicial encargado de hacerla efectiva”*; imponiendo a su vez, el control y obligación, no solo del término de vigencia de la orden, sino también la comunicación a los organismos de policía judicial encargados de registrarla y materializarla. **ORDEN DE CAPTURA: Deber de las autoridades.** Importante resaltar el deber que tienen las autoridades judiciales en torno a los registros que sobre este tipo de documentos restrictivos de la libertad poseen frente a los sistemas de información, que por décadas han generado traumatismos en las personas que eventualmente se ven inmersas en un proceso judicial de carácter penal: *“el registro de las órdenes de captura y su cancelación, como puede inferirse, es una obligación del Estado que de no cumplirse de manera oportuna puede obstaculizar el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 2º de la Constitución. Por una parte, no comunicar la expedición de una orden de captura, dificulta la aprehensión de presuntos responsables frente al Estado y el ejercicio mismo de las funciones de la Fiscalía General de la Nación, lo que finalmente afecta el interés general, el orden público y la seguridad. Y, por otra parte, no proceder a su cancelación de manera inmediata, puede dar lugar a que se presenten detenciones arbitrarias e ilegales por parte de los diferentes organismos de seguridad y policía,*

vulnerando el derecho fundamental a la libertad (...)". Reseña jurisprudencial. **RAD. 760016674500202300023 -22-AGO-2023 - DESOBEDIENCIA Y ABANDONO DEL PUESTO - AUDIENCIA DE CONTROL DE LEGALIDAD DE CAPTURA POR ORDEN ESCRITA - MP. CR. ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA - REVOCA.**

5. PRECEDENTE JUDICIAL: Seguridad jurídica. La Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución Política, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia como tribunales de cierre en lo contencioso administrativo y la Jurisdicción Ordinaria respectivamente, tienen el deber de unificar la jurisprudencia al interior de cada jurisdicción, siendo así que las providencias emanadas de éstas se conviertan en precedente judicial tal y como lo contemplan los artículos 235, 237 y 241 de la Constitución Política, con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la confianza legítima mediante su obligatorio cumplimiento. **PRECEDENTE JUDICIAL: Definición y alcance.** El precedente judicial encuentra su definición por parte de la Corte Constitucional como *"la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo"*. Por otro lado, la doctrina ha precisado que es un mecanismo jurisdiccional, el cual tiene su origen en el principio *stare decisis*, que consiste en dar aplicación a lo decidido en casos anteriores sobre situaciones nuevas en contextos similares. Es decir, el precedente es la decisión de una controversia anterior que contiene puntos de hecho y de derecho similares y por tal motivo, interviene en la controversia actual, de esa forma, se aplica específicamente, a la *ratio decidendi* en

casos análogos determinados. La importancia de respetar el precedente obedece a dos razones de índole distinta pero que en todo caso se complementan, i) se basa en la necesidad de salvaguardar el derecho a la igualdad, los principios de seguridad jurídica y buena fe de aquellas personas que acceden a la administración de justicia, esto en relación a que el desconocimiento de decisiones anteriores en casos semejantes implicaría la violación de los derechos y principios ya mencionados y; ii) el reconocimiento del carácter vinculante, tal y como lo explica la Corte Constitucional, se funda en la postura teórica la cual señala que *"el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales (...), sino una práctica argumentativa racional"*. por tal motivo el precedente adquiere la categoría de *"fuente del derecho aplicable al caso en concreto"*. **PRECEDENTE JUDICIAL: Criterios para su aplicación.** En ese sentido, para determinar si el precedente es aplicable a un caso o no, la Corte Constitucional en sentencia T-292 de 2006 formula ciertos criterios para tener en cuenta al momento de dicha aplicación: i) que dentro de la *ratio decidendi* de dicha sentencia se halle una regla jurisprudencial aplicable al caso por resolver; ii) que la *ratio* resuelva un problema jurídico análogo al propuesto en el nuevo caso y; iii) que los hechos sean semejantes a los resueltos en casos anteriores. Lo anterior nos permite afirmar que, frente a la ausencia de los criterios establecidos y mencionados anteriormente, no sería predicable su constitución como precedente judicial, por tal motivo no se le podría exigir al juez dar aplicación al mismo. **PRECEDENTE JUDICIAL: Fuerza vinculante y tipos.** En la actualidad está ampliamente reconocido el precedente judicial como fuente de derecho, así como también su carácter obligatorio y

vinculante de lo emanado por la Corte Constitucional en todo el ordenamiento jurídico y la Corte Suprema de Justicia en su respectiva jurisdicción, tal y como lo explica la sentencia C-816 de 2011: *“la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones”*. Es menester de estos órganos de cierre la unificación jurisprudencial para brindar uniformidad en la aplicación e interpretación, todo esto en desarrollo al deber de igualdad y el trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de las decisiones judiciales superiores. Por lo anterior es pertinente mencionar, que el precedente judicial se divide en dos clases, el *horizontal* y *vertical*, el primero de estos obedece a las decisiones emanadas por los jueces de igual rango es decir el respeto que debe tener un juez por sus propias decisiones y las proferidas por aquellos de su misma categoría, por otro lado, el precedente vertical son todas aquellas decisiones emanadas por las Altas Cortes respecto de los jueces de inferior categoría dentro de su jurisdicción; siendo así que estas decisiones al provenir de las autoridades encargadas de unificar la jurisprudencia limitan la autonomía del juez, toda vez que éste debe respetar la postura de su superior jerárquico (Altas Cortes o Tribunales). La Corte Constitucional ha mencionado que *“Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundan en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera,*

(...) la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares.”

PRECEDENTE JUDICIAL: Requisitos para que el operador judicial puede apartarse de aplicarlo. La unificación jurisprudencial hecha por las Altas Cortes es aplicable de forma general e inmediata, en sentido *horizontal* y *vertical*, pero es de resaltar que esta aplicación se debe efectuar a la luz de los lineamientos y definiciones establecidas por el órgano de cierre, sin perjuicio que de manera excepcional una autoridad judicial pueda apartarse de dicho precedente. Lo anterior quiere decir que, ante la obligatoriedad de la vinculación general e inmediata de dicha jurisprudencia, es necesario tener en cuenta los contextos procesales y sustanciales de los casos en particular para evitar, que so pretexto de la aplicación del precedente se violen derechos fundamentales. Por consiguiente, la Corte Constitucional ha manifestado que en ciertas circunstancias específicas y bajo una estricta exigencia argumentativa, es dable modificar las reglas fijadas en el precedente jurisprudencial, siendo así, tales exigencias permiten fortalecer aquellos mismos principios que rigen el precedente de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, dentro de la medida en que impiden que el precedente judicial se convierta en materia discrecional. Bajo esas mismas premisas la Corte en sentencia T-794 de 2011 reitera que el operador judicial puede apartarse del precedente siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos: *“(i) Debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia). (ii) En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera*

suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente)". A manera de conclusión, se precisa, que el precedente judicial es una herramienta vital para el ordenamiento jurídico pues a través de ésta se salvaguardan principios y derechos constitucionales, lo cual le da ese carácter obligatorio; pero no es menos cierto que su aplicación debe ser analizada en los casos puntuales donde los jueces pretendan emplearlo, valorando el contexto de la situación en particular para determinar si es necesario continuar o apartarse de la línea jurisprudencial, siendo obligatorio en caso de optar por esta última opción el cumplimiento de los requisitos mencionados anteriormente.

PRECEDENTE JUDICIAL: Cambio de precedente. Cabe resaltar que, los cambios de precedente pueden dar lugar a afectaciones precisas en procesos judiciales que se encuentren en trámite, circunstancia en la que el funcionario judicial se encuentra frente ante dos interpretaciones en donde la una a sido posterior a la otra, lo que puede producir un mayor impacto cuando el cambio de precedente afecta una actuación procesal que se inició al amparo de la línea jurídica anterior. Lo anterior hace referencia a que los sujetos procesales inician con la confianza legítima de que le serán aplicadas ciertas reglas procedimentales (las del precedente vigente al momento de la iniciación en la actuación), por lo que una variación de la línea jurisprudencial aplicada de manera errada puede derivar en la violación de garantías fundamentales. En este sentido el Consejo de Estado realiza un análisis de la aplicación del precedente modificado a la luz de la Constitución, no con el fin de desconocer las reglas generales si no, por el contrario, para que se realice una ponderación en la cual se

tenga en cuenta una posible afectación al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, definiendo lo siguiente: "...el acceso efectivo a la justicia no puede asegurarse sobre la base de criterios inciertos acerca de la manera como se pueden hacer valer las pretensiones. De ahí que si la jurisprudencia de un órgano de cierre, en un momento determinado señaló un derrotero y este es seguido por el usuario de la administración de justicia en materia de la acción pertinente para demandar, no puede luego sorprenderse a este último con abruptos cambios jurisprudenciales, que en últimas comprometan el núcleo esencial de su derecho fundamental de libre acceso a la jurisdicción." Criterio jurídico que igualmente fue abordado por la Corte Constitucional al concluir que ante una variación en el precedente judicial, el funcionario judicial debe establecer, a partir de un análisis fáctico y jurídico, si es aplicable o no el cambio de línea, previendo la afectación de derechos fundamentales por la modificación de las reglas procesales con las cuales los sujetos habían actuado o iniciado su actuación, en estos casos el juez pertinente puede, excepcionalmente inaplicar un criterio jurisprudencial vigente al momento de proferir el fallo.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL: Ley 522 de 1999 y Ley 1407 de 2010. Constituye el precedente jurisprudencial de la prescripción en el delito de deserción emanada por nuestro órgano de cierre, observando que desde el año 2002 cuando estaba en alboros la Ley 522 de 1999, la Corte se pronunció frente a ese tránsito legislativo con el Decreto 2550 de 1988, y en decisiones siguientes correspondientes a los años 2015 y 2021, hace lo propio frente a la Ley 522 de 1999 y la Ley 1407 de 2010, dejando en claro su postura al manifestar que la aplicación de la ley y sus ritualidades procesales están sujetas a su implementación tal y como lo

argumenta en decisión del 15 de julio de 2015: “Es decir, a pesar de que la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de ese año, no ha sido viable aplicarla en cuanto hace al sistema penal acusatorio por cuanto simplemente no ha sido posible su implementación, luego los procesos, así se trate de hechos ocurridos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, se han tramitado de conformidad con los ritos contenidos en la Ley 522 de 1999”. Postura que ha sido señalada en pretéritas oportunidades por la Honorable Corte Suprema de Justicia, así: “Cabe precisar que no obstante la fecha de comisión de los hechos, febrero de 2011, la norma procesal aplicable para este caso resulta ser la Ley 522 de 1999, toda vez que si bien la Ley 1407 de 2010, según la sentencia C-444 de 2011, sólo rige para sucesos acontecidos con posterioridad al 17 de agosto de 2010 por ser esta la fecha en la que dicha norma entró en vigencia,... la procedencia del recurso de casación para el presente asunto, corresponde ser analizada bajo los artículos 368 y siguientes de la Ley 522 de 1999, primera normativa mencionada”. Ahora bien, en punto a la prescripción de la acción penal, indica que aquellos procesos iniciados con la Ley 522 de 1999 estarían sujetos a que su prescripción fuese la consignada en esa ley; postulado que es aplicable no solo a las actuaciones procesales que se adelantan por el delito de desertión, sino a los demás tipos penales que se conocen bajo esta ritualidad procesal, veamos: “...todas aquellas actuaciones cuyo trámite haya iniciado con la Ley 522 de 1999, deben someterse a este Estatuto -incluyendo, por supuesto, lo concerniente a los términos o a la oportunidad para interponer los recursos de ley-; ... solo las rituadas bajo la Ley 1407 de 2010 deben acatar las reglas y presupuestos procesales en ella descritos, en particular, tratándose del recurso de casación, los artículos 343 a 354. Al

respecto, ha reiterado la Sala que, para identificar la norma aplicable a cada caso, se debe verificar el estatuto adjetivo punitivo castrense que rige cada asunto, es decir, cuál ha sido el procedimiento legal aplicado a las diligencias por las autoridades judiciales encargadas de tramitar la instrucción y el juicio”.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: interrupción de la prescripción bajo los diferentes sistemas militares.

En cuanto al principio de favorabilidad, en mérito a la concesión del término de prescripción de un año para el delito de desertión, se hace necesario precisar que la Corte Suprema de Justicia en anteriores pronunciamientos ha manifestado que en los casos dónde hay una coexistencia de normas como ocurrió con la Ley 600 de 2000 y la implementación del sistema penal acusatorio con la Ley 906 de 2004, no es posible aplicar el principio de favorabilidad por tratarse de sistemas procesales diferentes, así lo puntualiza en decisión del 23 de mayo del 2006: “... no es óbice para que, por favorabilidad e igualdad, se apliquen específicas normas de tal sistema a procesos que en principio no se encuentran bajo su imperio por razones espaciales o temporales, pero ello, desde un principio, quedó condicionado a que se trate de idénticos supuestos normativos y que el precepto del nuevo Estatuto Procesal cuya aplicación favorable se invoca, no se entienda solamente en el marco de la nueva sistemática de investigación y juzgamiento. Es que 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.” Concordante con lo anterior, es válido afirmar que las leyes penales militares coexistentes en nuestro ordenamiento castrense son disímiles entre sí, en cuanto a que cada ley contiene distintas fases procesales, mientras en la Ley 522 de 1999 la interrupción de la prescripción se da a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, en la Ley 1407 de 2010 es a partir de la formulación de la imputación, momento en el cual se vincula al sujeto dentro del proceso. Reseña jurisprudencial. **PRESCRIPCIÓN ACCIÓN PENAL: Interrupción término en el delito de deserción.** En punto al término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción, en las actuaciones procesales que se adelantaban bajo la ritualidad de la Ley 522 de 1999 es de dos años y la mitad del término para efectos de interrupción de la prescripción de la acción penal una vez se encuentre ejecutoriada la calificación, dado que no es posible aplicar la prescripción correspondiente a un (1) año contenida en la Ley 1407 de 2010, como quiera que cada una de las leyes, es decir, la Ley 522 de 1999 y la 1407 de 2010 contienen distintas etapas procesales, en las cuales las autoridades cambian sus roles, así como los sujetos procesales ocupan distintas formas de participación y cuentan con diferentes términos para su desarrollo. Reseña jurisprudencial. **RAD. 159923 -09-AGO-2023 - DESERCIÓN - APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA -**

MP. TC. JOSÉ MAURICIO LARA ANGEL – CONFIRMA.

6. PRINCIPIO DE IGUALDAD: Perspectiva constitucional. Frente a la igualdad, la Corte Constitucional en Sentencia C-178 de 2014 lo reconoce como un principio que: “...ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica, y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho”. Sin embargo, ha sido clara en referir que el mismo no es absoluto ya que confluye en complejidades propias respecto de otros principios del Estado Social de Derecho y más en lo que se refiere a la eficacia del orden jurídico en donde todas las personas y situaciones presentan semejanzas y diferencias. Clarificando lo expuesto, nuestro máximo Tribunal Constitucional en sentencia C-171 de 2004, plasmó el alcance del principio de igualdad, en los siguientes términos: “...el principio de igualdad constitucional, consagrado de manera expresa en el artículo 13 de la Carta, impone la obligación a todas las autoridades del Estado de proteger y suministrar el mismo trato a las personas sin distingo de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Lo anterior, sin embargo, no implica que no puedan establecerse diferencias. Ciertamente, el principio de igualdad constitucional no excluye el trato diferenciado. La igualdad así concebida no significa que el legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran colocadas dentro de situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales... La fórmula clásica según la cual “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” debe atemperarse entonces bajo el entendido de que el tratamiento diferenciado para situaciones similares no es en sí mismo violatorio del principio de igualdad y que,

por el contrario, un tratamiento idéntico sí podría resultar violatorio de la regla. No obstante, para la doctrina y la jurisprudencia, el hecho de que el legislador pueda establecer tratamientos diferenciados no es garantía suficiente de que los mismos sean legítimos a la luz de los preceptos constitucionales. Para establecer la posibilidad de conferir un trato diferente a situaciones fácticas similares no basta con verificar que, en efecto, se trata de supuestos de hecho similares. Para establecer si se amerita ofrecer un trato diferente a situaciones disímiles debe recurrirse a criterios adicionales que permitan hacer una valoración no formal, sino material, del trato diferencial. La jurisprudencia constitucional ha establecido que para que un trato desigual pueda válidamente dispensarse, aquél debe tener como sustento una razón suficiente, esto es, no puede ser arbitrario, y debe estar acorde con un fin legítimo, es decir, debe ser proporcional al mismo. La jurisprudencia ha señalado con anterioridad que la identidad entre la jurisdicción penal militar y la justicia penal ordinaria no es plena y que, en cambio, entre ambas jurisdicciones existen distinciones profundas que obligan al legislador a conferir un trato abiertamente diferenciado. Si bien entre la jurisdicción penal ordinaria y la penal militar no se concibe un trato diferenciado en tratándose de asuntos como el sometimiento del juez a la voluntad legal, el respeto por el debido proceso y los principios de imparcialidad, independencia y autonomía judiciales - dado que éstos son los fundamentos esenciales de la función de administrar justicia que ambas jurisdicciones comparten -, sí puede el legislador establecer diferencias relevantes en relación con la organización y estructura de cada jurisdicción, con el procedimiento que debe respetarse en los juicios correspondientes y con el juzgamiento de los delitos puestos a su consideración. En suma, aunque en los fundamentos esenciales de la administración de justicia las garantías constitucionales deben respetarse con la misma intensidad, nada impide que en otros campos, en donde las diferencias entre la Jurisdicción Penal Militar y la ordinaria son relevantes, el legislador disponga regulaciones diferentes...". Así las cosas, debe tenerse presente que no todas las personas pueden ser tratadas en igualdad de condiciones toda vez que respecto de una y otras confluyen factores que en diversos sentidos justifican un trato diferente, tal y como sucedería frente a los servidores públicos de la Fuerza Pública en relación con las funciones y misiones constitucionales que están llamados a realizar, siendo que conforme a los mismos se les exigen mayores responsabilidades y deberes que a un ciudadano del común, pues además, de ser garantes del orden constitucional ostentan el poder coercitivo del Estado a través del uso de las armas.

JURISDICCIÓN PENAL MILITAR: Fuero Penal Militar. La Corte Constitucional en varias sentencias de exequibilidad ha sido reiterativa en reconocer la especialidad de la Justicia Castrense, aduciendo que tiene instituciones diferentes a las de la justicia ordinaria, por la especial condición de los servidores de la Fuerza pública en relación a la misión constitucional que están llamados a desarrollar y que los convierte en garantes de la consecución de los fines esenciales del Estado de Derecho, conforme a ello, están sometidos a una serie de exigencias y un régimen de formación especialísimo que ningún otro ciudadano está en capacidad de soportar, no solo por las implicaciones que llevan por sí mismas el mantenimiento del orden público y social, sino todo lo que se deriva al constituirse como el medio esencial y directo para la defensa del Estado y la Seguridad de los ciudadanos a través del

uso de las armas. Reseña jurisprudencial. **FINES DE LA PENA: Subrogados penales.** El artículo 12 de la Ley 1407 de 2010, establece los principios de las sanciones penales, en los siguientes términos: *“La pena en materia penal militar tiene como función la prevención general y especial, protectora y reinserción social... La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”*. Bajo dichas connotaciones es importante indicar que la pena cumple un rol importante en el marco de la sociedad para garantizar no solo la convivencia, si no su existencia, por ello, el Legislador bajo criterios de política criminal puede crear mecanismos que permitan no solo el castigo del delincuente, sino la resocialización del mismo, y para este último evento se ha propendido por la creación de subrogados que exigen unos requisitos explícitos en su cumplimiento, no solo desde el punto de vista objetivo en lo que tiene que ver con el delito, su gravedad, el número de delitos, la modalidad de su comisión, el monto de la pena a imponer, sino otros de tipo subjetivo que analizan el contexto de la personalidad del condenado y el entorno en que se ha desenvuelto o lo hará antes y después de la comisión de la conducta punible buscando no excluirlo del ambiente social del que hace parte con el fin de garantizarle la dignidad humana, aclarando con ello que no son premios que se puedan conceder a diestra y siniestra. Bajo dichos preceptos, debe tenerse presente que la política criminal manifestada en el Código Castrense Ley 1407 de 2010 sigue considerando la prevención general y especial, así como la protección como fines esenciales de la pena, igualmente con un fin resocializador en asuntos que permitan al delincuente generar conciencia de su rol y ser incluido en términos de convivencia social bajo el cumplimiento de los preceptos legales que buscan su garantía efectiva. Reseña jurisprudencial. **PRISIÓN INTRAMURAL: Alcance.** Se advierte como un mecanismo efectivo de prevención tanto general como especial, en el sentido de mostrar a la comunidad que integra las Fuerzas la importancia de dar prevalencia a los valores institucionales exigidos a los policías y militares, en tanto la función que desempeñan frente a la sociedad; por ello, una pena de prisión intramural efectiva en el tiempo y racional en su duración pregona una administración de justicia certera y rigurosa frente a conductas que deben evitarse en atención al castigo que lleva implícito y que tiene que ver con uno de los bienes más preciados de los seres humanos después de la vida, la libertad. **PRISIÓN DOMICILIARIA: inaplicabilidad en la Jurisdicción castrense.** La improcedencia de aplicar la prisión domiciliaria dentro de la jurisdicción foral por su falta de regulación en las normas penales castrenses y, además, por su incompatibilidad con la naturaleza propia de la Justicia Militar, en ese sentido ha indicado que esta Justicia corresponde a una jurisdicción especial y autónoma dada la condición funcional de sus destinatarios y los bienes jurídicos que protege, lo cual se desprende del contenido del artículo 116 y 221 de la Constitución Política. Bajo ese contexto, se ha indicado que, el legislador en ejercicio de la facultad de configuración normativa que ejerce por mandato constitucional y por razones de política criminal optó por excluir la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión en la jurisdicción penal militar. Bajo dichos planteamientos se ha erigido considerar que, ni la Ley 522 de 1999, ni tampoco la Ley 1407 de 2010 contemplan para la jurisdicción penal militar el instituto de la prisión domiciliaria como sustitutivo de la pena de prisión, lo que denota claramente la voluntad del legislador de

excluir dicho beneficio punitivo en materia penal militar, como en efecto se concibió desde la comisión redactora del Código Penal Militar de 2010, cuando en una de sus sesiones se señaló: “(...) en la parte relacionada con capturas y medida de aseguramiento quedó exactamente igual como lo tenemos nosotros, no se consideró la detención domiciliaria por la naturaleza de la Fuerza Pública, por ser norma especial (...)”. De esa manera, se ha considerado indiscutible que la Ley Penal Militar no contempló el instituto de la prisión domiciliaria como subrogado o mecanismo sustitutivo de la pena intramural, razón por la cual, no es posible aplicarlo en la jurisdicción foral castrense dada la autonomía de este régimen especial, así como la libertad de configuración del legislador en relación con la facultad de dotar a cada ordenamiento (militar u ordinario) de institutos sustantivos y procesales propios. Condición por la que la jurisprudencia ha afirmado la impertinencia de los ejercicios argumentativos orientados a establecer violaciones de garantías fundamentales a partir de identificar diferencias entre uno y otro procedimiento. Distinción que, en criterio de diferentes Salas de este Colegiado, no comporta vulneración a principios como el de igualdad, puesto que a semejanza de lo que ocurre en la propia jurisdicción ordinaria, en donde el legislador excluyó del beneficio de la

prisión domiciliaria para conductas punibles con gran trascendencia (inciso 2 del artículo 68A de la Ley 599 de 2000), similar situación adoptó frente a los delitos cometidos por miembros activos de la Fuerza Pública y en relación con el servicio no normándolo. Eventos en donde, a su vez y en criterio de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el confinamiento intramural debe atender las funciones de la pena en sus componentes de prevención general, retribución justa y prevención especial, que en su orden, transmiten a la comunidad el mensaje de la particular tutela y severidad de la sanción que envuelve la afrenta a un determinado bien jurídico, situación similar que tiene lugar en la jurisdicción foral por la especial condición como miembro de la Fuerza Pública del agente, precisamente para que la sanción sirva de elemento disuasivo a aquellos uniformados que potencialmente pretendieran infringir la ley dada su especial condición. **RAD. 110016649201202200002 –25-AGO-2023 – HURTO DE ARMAS Y BIENES DE DEFENSA PECULADO SOBRE BIENES DE DOTACIÓN – (PREACUERDO) – APELACIÓN SENTENCIA QUE CONCEDIÓ PRISIÓN DOMICILIARIA – M.P. CR(RA)PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ – REVOCA PRISIÓN DOMICILIARIA.**

II. PRONUNCIAMIENTO RELEVANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. **AP1829-2023(62772)** del 28 de junio de 2023¹, La Sala de Casación Penal de la

Corte Suprema de Justicia al resolver recurso de apelación contra auto de la Sala Especial de Primera Instancia que negó la

¹ Corte Suprema de Justicia. Rda. AP1829-2023 (62772) 28 de junio de 2023 MP. FABIO OSPITIA GARZÓN

solicitud de control de legalidad de un preacuerdo, dispuso: i) la apertura de investigación penal, por los presuntos delitos de prevaricato por acción y por omisión y abuso de autoridad. ii) En diligencia de indagatoria, oportunidad en la que le fueron atribuidos cargos de tráfico de influencias de servidor público (art. 411 de la Ley 599 de 2000). iii) Posteriormente, suscribió un preacuerdo con el Magistrado de la Sala Especial de Instrucción de esa Corporación, en el que aceptó responsabilidad por el delito a cambio de una rebaja del 50% de la pena. El Magistrado instructor remitió las diligencias a la Sala Especial de Primera Instancia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004. iv) El 5 de octubre de 2022, la Sala Especial de Primera Instancia profirió el auto negando «la solicitud de control de legalidad [del] preacuerdo». Dispuso que contra la referida decisión procedían los recursos de reposición y apelación, por tratarse de una providencia que resolvía «un aspecto sustancial...», acorde con lo previsto en los artículos 169, numeral 2º, 189 y 191 de la Ley 600 de 2000. v) El defensor apeló la providencia. vi) La Sala Especial de Primera Instancia concedió el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado.

“TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES: *Modelos de Procesamiento penal Mixto. Evolución normativa. FUERO: El régimen procesal no es la Ley 906 de 2004 sino la Ley 600 de 2000. ACCIÓN PENAL: Coexistencia de legislaciones (Ley 600 de 2000 y 906 de 2004) / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2018 - Investigación y juzgamiento: continúa bajo el sistema de procesamiento de tendencia inquisitiva «Estatuto procesal penal aplicable...». Los artículos 116, 250 y 251 originales de la Constitución Política de 1991 habilitaron en el ordenamiento interno la aplicación de un sistema procesal de carácter mixto, inicialmente contenido*

en el Decreto 2700 de 1991 y luego en la Ley 600 de 2000. Posteriormente, los referidos artículos fueron modificados mediante Acto Legislativo No. 03 de 2002, con el fin de introducir un sistema procesal de tendencia acusatoria, que se implementó mediante la Ley 906 de 2004. Este cambio, sin embargo, mantuvo la vigencia de la Ley 600 de 2000 para los casos cometidos con anterioridad al primero de enero del 2005, con el fin ya indicado de que todas las etapas de este proceso especial se adelantaran ante la Corte Suprema de Justicia (artículo 533 de la Ley 906 de 2004). Esto determinó la coexistencia en el tiempo de estos dos regímenes, cada uno con diseño estructural e instituciones propias, por lo que no resulta posible la mixtura de procedimientos. [...] Así las cosas, es claro que el régimen procesal penal de la Ley 600 de 2000, y los institutos que lo integran, son los que deben aplicarse a los procesos penales que adelanta la Corte Suprema de Justicia...»

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Alcances del principio. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. Tránsito legislativo. Coexistencia de legislaciones / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: Aplicación. *Es indispensable respetar la estructura conceptual del sistema llamado a gobernar la respectiva actuación, cuando se comparan normas de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: Aplicación: Ley 906 de 2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, preacuerdos y negociaciones, análisis. LEX TERTIA: Límites. Integridad del ordenamiento jurídico.* *el juez no puede entrar a reemplazar al legislador «El artículo 29 de la Constitución Política establece que «en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable». Este mandato se encuentra reiterado por el inciso segundo del artículo 6º de la Ley 600*

de 2000, en los siguientes términos: «[l]a ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable». La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido que el principio de favorabilidad en materia procesal penal opera en dos eventos, (i) cuando existe tránsito legislativo y la nueva normatividad procesal regula un mismo aspecto sustancial en forma más benigna y (ii) cuando coexisten leyes en el tiempo que regulan el mismo supuesto de hecho con consecuencias jurídicas distintas (Cfr. SP1511-2022, rad. 61499 y SP568-2022, rad. 60207, entre otras). El recurrente acude a la segunda hipótesis. Sostiene que al procesado ECMM le resulta más favorable la aplicación de las normas que regulan los preacuerdos en la Ley 906 de 2004, tanto en su trámite como en los efectos punitivos derivados de la terminación anticipada del proceso. En relación con la aplicación del principio de favorabilidad en la hipótesis planteada por el recurrente, la Corte tiene dicho que cada proceso debe sujetarse, en principio, a las normas del sistema que lo regula (Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004), y que la aplicación favorable de un determinado instituto regulado de manera diversa en los dos códigos, solo es posible si no se desconoce la estructura conceptual del sistema llamado a gobernar la respectiva actuación (Cfr. CSJ AP, 18 mar. 2009, rad. 27339). También ha indicado que en esta labor no es permitido acudir a la confección de institutos híbridos o *lex tertia*, tomando de cada normatividad lo que favorece y desechando lo que no conviene o perjudica, «pues, de este modo el operador jurídico confeccionaría una norma especial para el caso y, de contera, se atribuiría el rol de legislador» (Cfr. CSJ AP5599-2018, rad. 53899, AP2510-2019, rad. 54305 y CSJ AP8532021, rad. 58865, entre otras). Esto, para reconocer que el principio de favorabilidad también puede ser aplicado frente a regímenes procesales coexistentes, a condición de que no implique la adopción de soluciones asistemáticas inadmisibles, que choquen con las instituciones intrínsecas o inherentes al sistema de enjuiciamiento al que pretenden trasladarse, ni elaboraciones procesales híbridas (Cfr. AP8532021, rad. 58865 y AP3888-2021, rad. 59850)»

SENTENCIA ANTICIPADA – Concepto - Trámite / SENTENCIA ANTICIPADA - Rebaja punitiva / SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: similar a la sentencia anticipada / SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: concepto - objeto de convenio / SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: instituto propio de la Ley 906 de 2004 / SISTEMA PENAL ACUSATORIO: Preacuerdos y negociaciones: No existe instituto similar en la Ley 600 de 2000 «La Ley 600 de 2000 regula la figura de la sentencia anticipada por aceptación de cargos, a la que puede acogerse el procesado a partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación (art. 40, L. 600/00). Aceptados los cargos por el imputado, el proceso debe ser remitido al juez para que dicte sentencia. En este caso, la rebaja de pena será de 1/3 parte. También puede aceptar responsabilidad en el juicio, en cuyo evento, la rebaja es de 1/8 parte. La Ley 906 de 2004, por su parte, contempla la figura de la aceptación o allanamiento de cargos en distintos momentos de la actuación procesal, figura que resulta ser similar a la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000. También sirve de fundamento para dictar sentencia y contempla una rebaja de pena. Paralelamente, la Ley 906 de 2004 acoge la figura los preacuerdos y negociaciones, que conduce también a la terminación

anticipada del proceso, pero se rige por unas finalidades específicas, unas regulaciones propias y unos beneficios punitivos de naturaleza diversa (artículos 348, 350, 351, 354). De acuerdo con lo establecido en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, los acuerdos entre fiscalía y procesado pueden versar, por ejemplo, sobre los términos de la imputación, lo cual puede comprender, (i) eliminar alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, o (ii) tipificar la conducta de una forma específica, con miras a disminuir la pena. También, sobre los hechos imputados y sus consecuencias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 351 ejusdem. Esta figura no encuentra equivalente en la Ley 600 de 2000, en la que simplemente se prevé la llana aceptación unilateral de cargos. Allí no aparece regulada la figura de los preacuerdos, ni ninguna otra de similar naturaleza y efectos, situación que determina que el presupuesto referido a que los estatutos que coexisten en el tiempo regulen el mismo instituto, no se cumpla. Pretender introducir, en las referidas condiciones, la figura de los preacuerdos al sistema regulado por la Ley 600 de 2000, resulta un desafuero, por tratarse de un instituto totalmente ajeno a dicho procedimiento. Ni siquiera podría afirmarse que se está confeccionando una figura híbrida, porque no se están tomando partes de uno para fusionarlas con partes del otro, sino que sencillamente se está llevando una figura extraña, con todas sus regulaciones. A estos argumentos se suman los expuestos en las providencias de la Sala AP3741-2022, rad. 61709, AP3593-2022, rad. 61854, y segunda instancia AP4544-2022, rad. 62083, todos relacionados con el caso que aquí se estudia». **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación:** de la Ley 906 de 2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, preacuerdos y negociaciones,

no es procedente «El recurrente también sostiene que la Sala habilitó aplicar por favorabilidad los institutos de terminación anticipada del proceso regulados por la Ley 906 de 2004, a actuaciones adelantadas por la Ley 600 de 2000. Al respecto, se torna necesario precisar que en la sentencia SP379-2018, rad. 50472, la Sala ratificó la posibilidad de acceder a mayores beneficios punitivos por colaboración con la justicia, en procesos de Ley 600 de 2000, aplicando normas de Ley 906 de 2004, pero sin que ello significara trasladar institutos autónomos, como el de los preacuerdos, de un estatuto a otro. En el citado pronunciamiento se reiteró la tesis acogida en el auto AP413-2017, rad. 50969, en el que se aplicaron beneficios propios del principio de oportunidad en un proceso de Ley 600 de 2000, pero supeditado, como se indicó en la decisión AP4544-2022, rad. 62083, a que no se genere «la presencia de una atrofia perceptible, por tratarse de una figura extrasistémica, esto es, que no estaba en posibilidad de alterar el procedimiento propio de la Ley 600; dicho de otra manera, se aceptaron los mayores beneficios de la novedosa figura pero bajo el marco procedimental previsto en la Ley 600...»

En resumen, la aplicación de la figura de los acuerdos y negociaciones, al amparo del principio de favorabilidad, resulta improcedente, por no tener equivalente en el procedimiento de la Ley 600 de 2000 que lo rige y compromete la estructura del sistema procesal en el que pretende ser aplicado (Cfr. AP45442022, rad. 60283)”...

(Subrayado y negrilla de Relatoría TSMP).
Proveído completo: Corte Suprema de Justicia. Rda. **AP1829-2023 (62772) 28 de junio de 2023** MP. Fabio Ospitia Garzón.



Martha Flor Lozano Bernal

Relatora

relatoriatribunalipm@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