ESTUDIO DE LAS ETAPAS PROCESALES DEL SISTEMA PENAL MILITAR Y POLICIAL
-Ley 1407 de 2010-

USO DE BUENAS PRÁCTICAS

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL

Doctor
FABIO ESPITIA GARZÓN
Director Ejecutivo Unidad Administrativa Especial Justicia Penal Militar y Policial

Mayor General ®
JUAN PABLO AMAYA KERGUELEN
Subdirector Unidad Administrativa Especial Justicia Penal Militar y Policial

Doctora
NORMA CLARENA GUAYARA BARRETO
Secretara General Unidad Administrativa Especial Justicia Penal Militar y Policial

Señor Brigadier General Policía Nacional
MARCO AURELIO BOLÍVAR SUAREZ
Fiscal General Penal Militar y Policial

Coronel Ejército Nacional
ROBERTO RAMIREZ GARCIA
Presidente del Tribunal Superior Militar y Policial

Coronel Ejército Nacional
FREDDY MAURICIO FRANCO MONTES
Director Escuela Justicia Penal Militar y Policial

Docentes Sistema Penal Oral Acusatorio - Escuela de Justicia Penal Militar y Policial:

Capitán de Navío Armada Nacional
CARLOS ALBERTO MADRID CUELLAR
Fiscal delegado ante el Tribunal Superior Militar y Policial

Teniente Coronel Ejército Nacional
DIANA MARÍA PINEDA LOMBANA
Fiscal delegada ante el Tribunal Superior Militar y Policial

Mayor Ejército Nacional
CESAR AUGUSTO SARACHE SILVA
Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías

Para reflexionar…….

"(….) ante la falta de coherencia y probidad evidenciada, respecto de cada uno de los Fiscales Delegados que se ocuparon de la actuación en los estadios procesales discriminados en precedencia, no puede la Corte dejar de llamar la atención al órgano de persecución penal para que adopte los mecanismos de instrucción y formación académico necesarios en aras de que la actividad constitucional que le ha sido encomendada -artículo 250 de la C.P.- se desarrolle con sujeción a los deberes que la ley procesal penal le impone".[1]

"Parte de la misión es hacer el trabajo más fácil"
Equipo DIILS de los EEUU.

"Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado".

Eduardo Couture

"El juicio oral no es un escenario de hostilidades, de ahí que, el fiscal penal militar y policial no debe dedicarse a confrontar, sino, a argumentar"
CN. Carlos Madrid.

[1] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 48200 de 2016.

DERECHO PROCESAL PENAL MILITAR Y POLICIAL
ESTUDIO DE LAS ETAPAS PROCESALES DEL SISTEMA PENAL MILITAR Y POLICIAL

- Ley 1407 de 2010-

USO DE BUENAS PRÁCTICAS

El presente documento fue elaborado por los docentes de la Escuela de Justicia Penal Militar, Capitán de Navío de la Armada Nacional CARLOS ALBERTO MADRID CUELLAR, Fiscal delegado ante el Tribunal Superior Militar y Policial, Teniente Coronel del Ejército Nacional DIANA MARÍA PINEDA LOMBANA, Fiscal delegada ante el Tribunal Superior Militar y Policial y el Mayor del Ejército Nacional CESAR AUGUSTO SARACHE SILVA, Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, como resultado de las capacitaciones efectuadas al personal de funcionarios que en la actualidad se encuentran desarrollando el plan piloto ordenado según el Decreto 1768 de 2020, para la implementación por fases del sistema penal oral acusatorio en la jurisdicción especializada.

Contribuye a identificar los problemas inherentes que el Fiscal Penal Militar y Policial en coordinación con la policía judicial, deben desarrollar en cada una de las audiencias que se surtirán ante el Juez de Control de Garantías y Juez de Conocimiento según la etapa procesal prevista en la Ley 1407 de 2010.

Así mismo, constituye una herramienta de orientación no vinculante, que permite concretar la discusión a los temas que el legislador consideró propicios en cada etapa procesal y en cada audiencia, compilando adicionalmente los criterios jurisprudenciales que la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal y el Tribunal Superior Militar y Policial han desarrollado en punto de los institutos procesales previstos en la Ley Penal Militar y Policial.

Es importante resaltar, que los pronunciamientos jurisprudenciales compilados en el presente documento, corresponden al estudio efectuado por los órganos colegiados de los artículos presentes en la Ley 906 de 2004 (código procesal penal), lo cual deberá ser ponderado en cada caso específico, con el fin de establecer si estos criterios aplican a las audiencias por desarrollar en el sistema acusatorio de la Justicia Penal Militar y Policial, especialmente, frente a aquellas que no existen en la jurisdicción ordinaria.

PARA TENER EN CUENTA

DIGNIDAD HUMANA: Según la honorable Corte Constitucional, el principio fundamental de la dignidad humana "no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (CP art. 1). Su consagración como valor fundante y constitutivo del orden jurídico obedeció a la necesidad histórica de reaccionar contra la violencia, la arbitrariedad y la injusticia, en búsqueda de un nuevo consenso que comprometiera a todos los sectores sociales en la defensa y respeto de los derechos fundamentales[2]".

HUMILDAD: Las autoridades jurisdiccionales y de investigación no deben dar por sentado absolutamente nada, todo lo buscan, todo lo leen y todo lo aprenden. Decir "no sé" también es una opción de respuesta.

TRABAJO EN EQUIPO: Implica respetar los roles que cada uno de los funcionarios ostenta, lo que significa que, todas las actividades investigativas deben planearse y desarrollarse trabajando en equipo. Fiscales Penales Militares y Policiales y funcionarios de policía judicial, encaminados hacia el mismo objetivo, esto es, la resolución de casos.

PROGRAMA METODOLÓGICO: Constituye una herramienta fundamental para determinar la prueba pertinente, así como para construir los hechos jurídicamente relevantes a partir de ella.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: Es importante tener en cuenta que la Justicia Penal Militar y Policial a través de sus decisiones protege bienes jurídicos de vital importancia para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, tales como, la disciplina y el servicio, por ende, el investigador debe buscar en la evidencia física la afectación grave de estos valores esenciales.

PERSUASIÓN: La labor del Fiscal Penal Militar y Policial en cada una de las audiencias es convencer al juez de que su argumentación es la correcta. Para eso, debe utilizar la técnica de la persuasión y evitar la mala praxis de la lectura rápida.

ORALIDAD: En el contexto del sistema penal acusatorio, oralidad significa llevar el conocimiento de los hechos jurídicamente relevantes al juez a través de los testigos.

SER DOCENTE: El acto de comunicación debe ser tan claro como un ABC, un relato sencillo en lenguaje comprensible de los hechos jurídicamente relevantes, de las conductas investigadas y su naturaleza, de los concursos, de la forma de

[2] Corte Constitucional - Sentencia T-499 de 1992.

participación y de todos aquellos aspectos relacionados con el delito que se pretende imputar.

PLAZO RAZONABLE: Es un deber del operador judicial, propender porque las actuaciones en el sistema penal oral acusatorio de la Justicia Penal Militar y Policial se desarrollen sin dilaciones injustificadas, para lo cual, deberá tener en cuenta las decisiones que en ese sentido ha tomado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demás órganos colegiados internos.

UTILIZAR UN LENGUAJE SENCILLO: "Si tu intención es descubrir la verdad, hazlo con sencillez, la elegancia déjasela al sastre". - Albert Einstein –. Esta frase adquiere todo sentido en el sistema penal acusatorio de la Justicia Penal Militar y Policial, en especial, en los escenarios de las audiencias, donde la publicidad se convierte en un principio rector (Art. 187 -308), por ello, la información allí discutida debe permitir la comprensión del juez y los demás asistentes a la audiencia, incluyendo, la comunidad militar y policial y la sociedad en general.

ADVERTENCIAS DEL JUEZ: Desde el inicio de la audiencia, las partes deben tener total claridad de las reglas a observar (art. 302 ley 1407 de 2010), en especial, las orientadas a centrar el debate a los problemas inherentes y la duración de las intervenciones, en ese sentido, el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) en su artículo 107-3 dispone: "Intervenciones. Las intervenciones de los sujetos procesales no excederán de (20) minutos, salvo disposición en contrario. No obstante, el juez de oficio o por solicitud de alguna de las partes, podrá autorizar un tiempo superior, atendiendo las condiciones del caso y garantizando la igualdad. Contra esta decisión no procede recurso alguno".

RESOLVER CASOS: En el sistema penal militar y policial lo que espera la comunidad internacional y la sociedad civil de manera general es que se resuelvan casos y no haya impunidad, hacia ese logro de justicia material debe estar enfocado el trabajo de toda la jurisdicción. La mejor manera de defender la justicia castrense es mostrando resultados apegados a la Constitución y a la Ley de manera célere y efectiva.

TABLA DE CONTENIDO

1. AUDIENCIAS POR DESARROLLAR ANTE EL JUEZ PENAL MILITAR Y POLICIAL DE CONTROL DE GARANTÍAS 12

1.1. AUDIENCIAS RESERVADAS 13

1.1.1. Problemas inherentes a la audiencia de solicitud de allanamiento con el fin de captura 14

1.1.1.1. Domicilio…. 14

1.1.1.2. Motivos Razonablemente fundados 14

1.1.2. Problemas inherentes a la audiencia de solicitud de allanamiento con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física 16

1.1.2.1. Objetos no susceptibles de registro 16

1.1.3. Problemas inherentes a la audiencia de control posterior de registro y allanamiento 17

1.1.3.1. Quienes deben ser convocados a la audiencia 18

1.1.3.2. Se deben llevar los elementos encontrados a la audiencia 18

1.1.3.3. Aspectos generales 19

1.1.3.4. Plazo para la entrega de los informes por policía judicial 19

1.1.4. Problemas inherentes a la audiencia de búsqueda selectiva en base de datos 20

1.1.4.1.Que es una base de datos 20

1.1.4.2. No son base de datos 21

1.1.4.3. Presupuestos que debe examinar para autorizar búsqueda selectiva de información confidencial del indiciado o imputado en bases de datos 21

1.1.5. Problemas inherentes audiencia control posterior de búsqueda selectiva en base de datos. . 22

1.1.5.1. Objeto del debate 22

1.1.6. Audiencia de obtención de muestras que involucren al indiciado, registro personal, inspección corporal, exámenes de ADN que involucren al indicado o al imputado (según el caso). 23

1.1.6.1. Respecto de la obtención de muestras y su contenido jurisprudencial 24

1.1.6.2. Registro personal es diferente a las actividades de prevención de la fuerza pública 25

1.1.7. Problemas inherentes a la audiencia de solicitud de orden de captura 26

1.1.7.1. Contenido de la orden de captura 26

1.1.7.2. Concepto de test de proporcionalidad 26

1.2. AUDIENCIAS CONCENTRADAS 27

1.2.1. Problemas inherentes a la audiencia de legalización de captura 28
1.2.1.1. Verificación de la captura por parte del fiscal antes de la audiencia 28
1.2.1.2. Papel del juez en la legalización de la captura 28
1.2.1.3. Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia……..... 29
1.2.1.4. Sorprendimiento 29
1.2.1.5. Aprehensión 31
1.2.1.6. Flagrancia en sentido estricto 32
1.2.1.7. Cuasi flagrancia 32
1.2.1.8. Flagrancia inferida 32
1.2.1.9. Captura efectuada en naves sujetas a una operación de interdicción marítima 32
1.2.1.10. Línea de tiempo, criterios del plazo razonable en la Corte IDH y la Corte Constitucional ... 33
1.2.1.11. Término para el desarrollo de la audiencia 33
1.2.1.12. Trato digno al capturado 34
1.2.2. Problemas inherentes a la audiencia de formulación de imputación 35
1.2.2.1. Contumacia y declaratoria de persona ausente 35
1.2.2.2. Papel del juez en la audiencia de formulación de imputación 36
1.2.2.3. Papel del juez ante la aceptación de cargos 37
1.2.2.4. Identificación e individualización 37
1.2.2.5. Deber del fiscal en el proceso de individualización determinar patologías físicas o psíquicas que impidan comprender el acto de imputación antes de proceder a formular imputación 37
1.2.2.6. Hechos jurídicamente relevantes 38
1.2.2.7. La importancia de los hechos 38
1.2.2.8. Propuesta metodológica para la construcción de hechos jurídicamente relevantes 39
1.2.2.9. Calificación jurídica de la conducta: 48
1.2.2.10. Aspectos relevantes de la imputación: 49
1.2.2.11. Impugnación de competencia en la audiencia de formulación de imputación 49
1.2.2.12. Presupuestos para la configuración de un conflicto de jurisdicciones 49
1.2.3. Problemas inherentes a la solicitud de medida de aseguramiento (art. 464 al 473) 51
1.2.3.1. ¿Se deberá tener en cuenta lo previsto en la nueva Ley 2197 de enero 25 de 2022? 51
1.2.3.3. Requisitos para imponer medida de aseguramiento 52

1.2.3.4. Inferencia razonable de autoría o participación 53
1.2.3.5. Juicio de proporcionalidad 53
1.2.3.6. Riesgo de obstrucción 55
1.2.3.7. Peligro para la comunidad militar y policial 57
1.2.3.8. Seguridad de la Fuerza pública como bien jurídico tutelado 57
1.2.3.9. Riesgo de fuga 57
2. AUDIENCIAS POR DESARROLLAR ANTE EL JUEZ PENAL MILITAR Y POLICIAL DE CONTROL DE GARANTÍAS 59
2.1. ETAPA DE ACUSACIÓN 60
2.1.1. Problemas inherentes a la audiencia de formulación de acusación (art. 479 al 483, 487) 62
2.1.1.1. El descubrimiento probatorio de la fiscalía debe ser integral: 63
2.1.1.2. Principio de igualdad de armas 63
2.1.1.3. Derechos de las víctimas en el proceso penal militar y policial 63
2.1.1.4. Control material en la doctrina 64
2.1.1.5. El Ministerio de Defensa como víctima 65
2.1.1.6. Observaciones y control formal de la acusación 65
2.1.1.7. Observaciones y control material de la acusación, tres tendencias visibles en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 65
2.1.1.8. La primera tendencia niega cualquier posibilidad de control material 66
2.1.1.9. La segunda postura, que propende por un control material más amplio de la acusación 66
2.1.1.10. La tercera postura, que acepta un control material restringido de la acusación 67
2.1.1.11. Principios que orientan las nulidades 67
3. AUDIENCIA VERIFICACIÓN PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALIA Y EL IMPUTADO O ACUSADO 69
3.1. Problemas inherentes a la audiencia de verificación de preacuerdo entre la fiscalía y el imputado o acusado antes y después de la audiencia de acusación 70
3.1.1. Control del preacuerdo por parte del juez 71
3.1.2. Modalidades de los preacuerdos 71
3.1.2.1. Preacuerdo sin rebaja de pena 71
3.1.2.2. Preacuerdo simple: 72
3.1.2.3. Preacuerdo con eliminación de causal de agravación punitiva específica: 74
3.1.2.4. Preacuerdo con eliminación de un cargo específico: 76

3.1.2.5. Preacuerdo con degradación de la conducta: 77
3.1.2.6. Preacuerdo con readecuación típica "relacionado de pena menor": 79
3.1.3. Prohibición de doble beneficio o doble rebaja: 81
3.1.4. Generalidades de los preacuerdos: 82
3.1.5. Actuación del Ministerio Público en preacuerdos en negociaciones: 83
3.1.6. Actuación del juez de conocimiento frente a los acuerdos: 83
3.1.7. Otras características del preacuerdo: 86
4. AUDIENCIAS POR DESARROLLAR ANTE EL JUEZ PENAL MILITAR Y POLICIAL DE CONOCIMIENTO Y CONOCIMIENTO ESPECIALIZADO 87
4.1. Problemas inherentes a la audiencia preliminar del juicio de corte marcial 89
4.1.1. Descubrimiento probatorio características: 89
4.1.2. La impugnación de competencia en esta audiencia es funcional no jurisdiccional 91
4.2. Problemas inherentes a la audiencia preparatoria a la corte marcial. 92
4.2.1. Facultad legal atribuida al juez penal militar para decretar pruebas de oficio: 92
4.2.2. Papel del Juez frente a las solicitudes probatorias 93
4.2.3. Prueba común testimonial. 93
4.2.4. Incorporación de documentos públicos 94
4.2.5. Pertinencia 95
4.2.6. La conducencia 97
4.2.7. Utilidad… 97
4.2.8. Prueba ilícita 98
4.2.9. Prueba ilegal 98
4.2.10. Estipulaciones probatorias 98
4.3. Problemas inherentes a la audiencia de juicio oral. 100
4.3.1. Respecto de la Teoría del caso 101
4.3.2. El juez debe exigir diligencia al defensor en defensa del principio de igualdad de armas 102
4.3.3. El control de la pertinencia de las pruebas también se puede hacer por parte del juez en la audiencia de juicio oral 103
4.3.4. Finalidad del interrogatorio y contrainterrogatorio 103
4.3.5. Interrogatorio 103
4.3.6. Otras preguntas objetables 106

4.3.7. Contrainterrogatorio 106
4.3.8. Sentar las bases probatorias 107
4.3.9. Pasos para incorporar evidencia Sentencia CSJ 44741 de 2017 108
4.3.10. Ejemplo de sentar las bases probatorias con fines de incorporación 109
4.3.11. Ejemplo de sentar las bases probatorias con fines de refrescar memoria 110
4.3.12. Ejemplo de sentar las bases con fines de impugnar credibilidad de un testigo en un contrainterrogatorio 111
4.3.13. Testimonio adjunto, complementario o de comentario 113
4.3.14. Frente al testimonio adjunto, para incorporar al juicio una declaración previa se requiere de lo siguiente…….. 114
4.3.15. Funciones de la solicitud de testimonio adjunto 115
4.3.16. Recomendaciones alegatos de conclusión 117
4.3.17. Estructura del alegato de conclusión (Problema jurídico, reconstrucción fáctica, análisis jurídico y solicitud en sentido concreto) 117
4.3.18. Aspectos jurisprudenciales relevantes 118
4.3.19. Participación de la víctima en los alegatos de clausura 119
4.3.20. Sentido del fallo 120

1. AUDIENCIAS POR DESARROLLAR ANTE EL JUEZ PENAL MILITAR Y POLICIAL DE CONTROL DE GARANTÍAS

ETAPA DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN

1.1. AUDIENCIAS RESERVADAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 318 de la Ley 1407 de 2010, "Serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones: vigilancia y seguimiento de personas y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al indiciado o acusado con la conducta objeto de investigación y procedimientos en caso de lesionados. Igualmente, aquella en la que decrete una medida cautelar".

Metodología de las audiencias (Art. 305)

El Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías verifica la presencia de las partes e intervinientes según la naturaleza de la audiencia y las disposiciones normativas y jurisprudenciales que justifican y permiten su participación.
Señala que las intervenciones se deben concretar al desarrollo de los problemas inherentes a la audiencia (art. 301 -1).
Señala que las partes deberán obrar sin temeridad en sus pretensiones o en el ejercicio de los derechos procesales, evitando los planteamientos y maniobras dilatorias, inconducentes, impertinentes o superfluas (art. 302-2).
Les indica que deberán abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus intervenciones (art. 302-3).
Les señala que deberán guardar silencio durante el trámite de las audiencias, excepto cuando le corresponda intervenir (art. 302-8).

TIPS ACUSATORIO: En materia penal militar y policial, cuando se solicita la restricción de un derecho, y el delito que se investiga afecta la disciplina o el servicio, para sustentar los motivos fundados o inferencia razonable el fiscal debe tener evidencia pertinente (por ejemplo: entrevista al comandante de la unidad), a través de la cual, se ponga de presente la importancia para la comunidad castrense de estos dos bienes jurídicos, aquello contribuye a justificar la urgencia de la restricción a la libertad. Persuada la mente del juez, en especial, porque el Juez de Garantías llega a la audiencia con la regla general de la afirmación de la libertad, y se debe convencer durante la misma de cambiar la postura.

1.1.1. Problemas inherentes a la audiencia de solicitud de allanamiento con el fin de captura (Art. 183, 380 Ley 1407 de 2010)

- ✓ Identificación o individualización del indiciado (art. 290, 410, concordante con el artículo 99 de la Ley 1453 de 2011).
- ✓ Acredita que el delito por el que se hace la solicitud tiene prevista medida de aseguramiento privativa de la libertad (art. 467).
- ✓ Motivos razonablemente fundados que permitan concluir respecto del bien objeto de allanamiento que el autor o participe es el dueño, propietario, tenedor especial, o que transitoriamente se encontrare en él, o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito (art 381).
- ✓ Determina con precisión el lugar objeto de allanamiento y lugares a registrar (art. 383).
- ✓ Acredita la existencia del delito (hechos jurídicamente relevantes y circunstancias de modo, tiempo y lugar).
- ✓ Sustenta el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) (art. 453, 454).
- ✓ Señala el término de vigencia de la orden de captura (art. 456).
- ✓ El Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías toma la decisión que corresponda (art. 176, 214, 300, 301).
- ✓ Contra la decisión procede el recurso de reposición y en subsidio apelación en efecto devolutivo (art. 339, 340).

1.1.1.1. **Domicilio:** Se indicó que: "la definición constitucional de domicilio excede la noción civilista, por lo que comprende además de los lugares de habitación, todos los espacios en donde la persona desarrolla de manera más inmediata su intimidad y su personalidad, abarcando entonces la protección de la seguridad, la libertad y la intimidad del individuo. Más adelante en el mismo pronunciamiento que se acaba de citar, se expresó que el vocablo domicilio constitucionalmente tiene una significación más amplia que en las normas del derecho civil, como quiera que abarca, entre otros, el recinto o vivienda, sea móvil o inmóvil, de uso permanente, transitorio o accidental, verbi gratia, la habitación en un hotel, el camarote de un barco, una casa rodante[3]".

1.1.1.2. **Motivos Razonablemente fundados**: "Pues bien, los motivos fundados para ordenar un registro y allanamiento deben encontrarse respaldados, al menos,

[3] Corte Constitucional. Sentencia C-519 de 2007.

en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. Es decir, la expedición de una orden de registro y allanamiento no queda al arbitrio del fiscal que la ordena, sino que deberá tener un soporte o respaldo al menos en un informe, declaración jurada o elementos materiales probatorios y evidencia física, como garantía de la viabilidad de la diligencia, en los términos determinados por la norma acusada a fin de que el juez pueda acceder a una información que le permita realizar un efectivo control de legalidad[4]".

1.1.1.3. **Test de Proporcionalidad, elementos esenciales:** En la jurisprudencia han sido reconocidos como elementos fundamentales o esenciales: "a. La idoneidad o adecuación de la medida, la cual hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo "suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir". Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución. b. La necesidad hace referencia a que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que, de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido. c. El test de proporcionalidad en sentido estricto, el cual permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior. En otras palabras, es a partir de este específico modelo de *test* que resulta posible poner en la balanza los beneficios que una medida tiene la virtualidad de reportar y los costos que su obtención representa, de forma que sea posible evidenciar si ésta se encuentra ajustada al ordenamiento superior al propender por una relación de costo-beneficio que, en general, resulta siendo favorable a los intereses constitucionales en controversia[5]".

[4] Corte Constitucional. Sentencia C-653 de 2005.
[5] Corte Constitucional. Sentencia C144 de 2015.

1.1.2. Problemas inherentes a la audiencia de solicitud de allanamiento con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física (Art. 183, 380 Ley 1407 de 2010)

- ✓ Motivos razonablemente fundados que permitan concluir respecto del bien objeto de allanamiento que el autor o participe es el dueño, propietario, tenedor especial, o que transitoriamente se encontrare en él, o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito (art. 381).
- ✓ Motivos fundados respaldados en un mínimo probatorio (al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado) (art. 382).
- ✓ Determinar con precisión el alcance de la orden de allanamiento o registro (especificar el inmueble, nave o aeronave objeto de allanamiento y lugares a registrar (art. 383)
- ✓ Sustenta el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) (art. 453, 454).
- ✓ Que no se trate de objetos no susceptibles de registro (art. 384).
- ✓ El Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías toma la decisión que corresponda (art. 176, 214, 300, 301).
- ✓ Contra la decisión procede el recurso de reposición y en subsidio apelación en efecto devolutivo (art. 339, 340).

1.1.2.1. Objetos no susceptibles de registro:

Ley 1407 de 2010. Artículo 384: No serán susceptibles de registro los siguientes objetos: 1. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados. 2. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar.

3. Los archivos de las personas indicadas en los numerales precedentes que contengan información confidencial relativa al indiciado, imputado o acusado. Este apartado cobija también los documentos digitales, videos, grabaciones, ilustraciones y cualquier otra imagen que sea relevante a los fines de la restricción.

Parágrafo. Estas restricciones no son aplicables cuando el privilegio desaparece, ya sea por su renuncia o por tratarse de personas vinculadas como auxiliadores, partícipes o coautoras del delito investigado o de uno conexo o que se encuentre en curso, o se trate de situaciones que constituyan una obstrucción a la justicia.

1.1.3. Problemas inherentes a la audiencia de control posterior de registro y allanamiento (Art. 183, 317 No 1 y 397 Ley 1407 de 2010)

- ✓ El fiscal deberá entregar el contenido de la orden de allanamiento emanada por Juez de Control de Garantías con el fin de que el juez encargado de la legalización del procedimiento pueda constatar que se cumplió lo allí dispuesto.

Respecto del procedimiento el fiscal deberá indicar

- ✓ Que el allanamiento se desarrolló en el lugar o lugares autorizados por el juez de control de garantías (art. 383)
- ✓ Si se extendió a otros lugares deberá indicar las razones que motivaron tal actividad a policía judicial, o si se presentaron situaciones de flagrancia (art. 386 Numeral 2).
- ✓ Deberá indicar si se realizó el procedimiento entre las 6:00 a.m., y las 18:00 horas (art. 386 No 1).
- ✓ Si el procedimiento se desarrolló fuera del horario antes descrito, deberá indicar si por las circunstancias particulares del caso, resulta razonable suponer que la única manera de evitar la fuga del indiciado imputado o acusado, la destrucción de los elementos materiales probatorios y evidencia física era actuar durante la noche. (art. 386 No 1).
- ✓ Se deberá indicar si se dio cumplimiento a lo señalado en el parágrafo del artículo 50 de la ley 1453 de 2011 el cual señala: "Si el procedimiento se lleva a cabo entre las 6:00 p. m. y las 6 a. m., deberá contar con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, quien garantizará la presencia de sus delegados en dichas diligencias; en ningún caso se suspenderá el procedimiento por ausencia de la Procuraduría General de la Nación."
- ✓ Deberá sustentar como se garantizó la menor restricción posible de los derechos de las personas afectadas con el registro y allanamiento, indicando si los bienes incautados se limitaron a los señalados en la orden emanada por el juez de garantías, salvo que medien circunstancias de flagrancia o que aparezcan elementos materiales probatorios y evidencia física relacionados con otro delito, lo cual también deberá ser señalado (art. 386 No 3, 390).
- ✓ Se deberá dar traslado del acta del allanamiento, la cual como mínimo deberá contener: lugares registrados, de los objetos ocupados o incautados y de las personas capturadas, además, se deberá señalar si hubo oposición por parte de los afectados y, en el evento de existir medidas preventivas policivas, se hará mención detallada de la naturaleza de la reacción y las consecuencias de ella (art. 388 y 386 No 4).

- ✓ El fiscal deberá indicar si el acta fue leída a las personas que aleguen haber sido afectadas por el registro y allanamiento y si se les solicitó firmar si estaban de acuerdo con su contenido (art. 386 No 5).
- ✓ El fiscal deberá correr traslado del informe efectuado por policía judicial respecto del allanamiento (art. 371 y 389).
- ✓ Debe acreditar la línea de tiempo para la legalización del allanamiento (art 397).
- ✓ Respecto de los elementos encontrados el fiscal deberá relacionar detalladamente ante el Juez los elementos recogidos, las condiciones en que fueron hallados, debe describir sus características, y deberá mostrar, si el juez lo requiere, las fotografías o videos pertinentes, o manifieste el sitio donde se dejan a disposición (Corte Suprema de Justica. Sentencia 28535 de 2008).
- ✓ Se debe solicitar la legalización del procedimiento y de los elementos encontrados (art 397).
- ✓ El Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías toma la decisión que corresponda (art. 176, 214, 300, 301).
- ✓ Contra la decisión procede el recurso de reposición y en subsidio apelación en efecto devolutivo (art. 339, 340).

1.1.3.1. **Quienes deben ser convocados a la audiencia**: Como lo dispone el inciso segundo del artículo 397 de la Ley 1407 de 2010: "Durante el trámite de la audiencia sólo podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia", no obstante, en materia penal militar y policial se deberá observar lo señalado en las sentencias C559 de 2019, C-025 de 2009, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 46589 del 16 de marzo de 2016, en donde se indica que "No se discute el derecho que le asiste a quien ostenta la condición de indiciado de ejercer el derecho de defensa desde el mismo momento en el cual tenga noticia de la existencia de una indagación en su contra, lo cual significa que el juez de control de garantías debe autorizar su participación, si así lo solicita[6]".

1.1.3.2. **Se deben llevar los elementos encontrados a la audiencia**: Respecto de los elementos encontrados en la diligencia como lo dispone la Sentencia 28535 de 2008, Corte Suprema de Justica: "basta para la realización del fin establecido en la norma, que la fiscalía relacione detalladamente ante el Juez los elementos recogidos, manifieste las condiciones en que fueron hallados, describa sus

[6] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 46589 de 2016, Corte Constitucional Sentencia C-559 de 2019 y C-025 de 2009.

características, exprese los resultados de los estudios técnicos o científicos realizados sobre ellos, y muestre, si el juez lo requiere, las fotografías o videos pertinentes, o manifieste el sitio donde se dejan a disposición[7]".

1.1.3.3. Aspectos generales[8]: Se tiene entonces lo siguiente: "(i) que la audiencia de control de legalidad posterior de los procedimientos de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, es una sola, y (iii) que la diligencia debe realizarse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de la orden[9]".

1.1.3.4. Plazo para la entrega de los informes por policía judicial: "(i) Los informes sobre registros y allanamientos practicados deben ser remitidos a la Fiscalía dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las doce (12) horas siguientes; (ii) los relacionados con retención de correspondencia, han de ser entregados al ente acusador dentro del mismo término; (iii) los relativos a recuperación de información producto de la transmisión de datos, a través de las redes de comunicaciones, deben ser allegados a la Fiscalía en igual tiempo; y (iv) a los informes sobre interceptación de comunicaciones resulta aplicable también por analogía la misma regla, dada su similitud sustancial con las anteriores diligencias. Así como la retención de correspondencia y la recuperación de contenidos que circulan mediante la trasmisión de datos, la interceptación de comunicaciones está destinada a obtener información de interés que el sujeto investigado intercambia con otras personas y, por lo tanto, del mismo modo que aquellos, se trata de un procedimiento restrictivo de la intimidad[10]".

TIPS ACUSATORIO: Conforme al artículo 339 de la ley 1407 de 2010, se establece que los recursos ordinarios, esto es, el de reposición y la apelación proceden contra las sentencias y contra todas las "decisiones". En virtud de la sentencia 33935 de 2010 de la Corte Suprema, el término decisión "sólo cobija a los autos por cuanto se está resolviendo algún incidente o aspecto sustancial objeto de controversia".

Contra las ordenes no procede recurso, por cuanto, "se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma. Serán verbales, de cumplimiento inmediato y de ellas se dejará un registro" (art. 324), por ejemplo, las de dirección del juicio oral, fijar la fecha de una audiencia, fijar un término prudencial para recaudar pruebas en cumplimiento del principio de contradicción, entre otros (Sentencia 44559 de 2015 SPCSJ).

[7] Corte Suprema de Justica. Sentencia 28535 de 2008.
[8] En la Ley 1407 de 2010, la orden de allanamiento siempre será expedida por un juez de control de garantías, en el control posterior no procedería esa revisión de la legalidad formal y material de la orden, como ocurre en el sistema de la Ley 906 de 2004 donde no existe control previo.
[9] Corte Suprema de Justica. Sentencia 28535 de 2008.
[10] Corte Constitucional. Sentencia C-014 de 2018.

1.1.4. Problemas inherentes a la audiencia de búsqueda selectiva en base de datos (Art. 404)

- ✓ El fiscal debe señalar el contexto de hechos y especificar la existencia de un indiciado y las posibles conductas ilícitas investigadas.
- ✓ El fiscal justifica que la solicitud está respaldada, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia que respaldan los motivos razonablemente fundados (art. 381, 382).
- ✓ Señala la información confidencial referida al indiciado o imputado que quiere recaudar en la búsqueda selectiva en las bases de datos, también respecto de la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas (art. 404).
- ✓ Realiza el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) (art. 453, 454).
- ✓ Delimita el plazo para la realización de la actividad investigativa (art. 385).
- ✓ Deberá tener en cuenta los contenidos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008: "Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones" y la Ley Estatutaria 1581 de 2012 "Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales".
- ✓ El Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías toma la decisión que corresponda (art. 176, 214, 300, 301).
- ✓ Contra la decisión procede el recurso de reposición y en subsidio apelación en efecto devolutivo (art. 339, 340).

1.1.4.1. Que es una base de datos: "Corresponde al conjunto sistematizado de información personal que puede ser tratada de alguna manera, como ocurre con el ejercicio de los atributos de recolección, uso, almacenamiento, circulación o supresión[11]". "Conjunto organizado de datos personales que sea objeto de Tratamiento[12]". "Una base de datos, según ha indicado la Corte, es entendida esta de manera general como una serie de datos relacionados y organizados entre sí, para un uso específico[13]".

[11] Corte Constitucional. Sentencia T-020 de 2014.
[12] Art. 3 literal b. Ley Estatutaria 1581 de 2012.
[13] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 37431 de 2011.

"Sistemas de acopio de información efectuada en desarrollo de una actividad profesional o institucional de tratamiento de datos que se articulan en los llamados bancos de datos o centrales de información, que son administrados por instituciones o entidades públicas o privadas sometidas a ciertos principios jurídicos, con el fin de garantizar la armonía en el ejercicio de los derechos fundamentales de diversos actores (titulares, usuarios y administradores) que intervienen en el proceso de recopilación, procesamiento, almacenamiento, control y divulgación de datos personales[14]".

1.1.4.2. **No son base de datos**: "la cuenta personal de correo electrónico y los sistemas informáticos creados por el usuario que como particular no ejerce la actividad de recolección y organización de información de manera técnica, habitual o institucional[15]". "(..) el aparato celular de donde se extrae la información no es una base de datos y la información que de él se extrae tiene la naturaleza de documento digital, de allí que no sea de aquella susceptible de afectar la garantía al hábeas data[16]". "(…) la información a salvar desde el teléfono celular y la *sim card* no tienen la categoría de base de datos (inciso 2º del artículo 244 de la Ley 906 de 2004), sino la de documentos digitales, cuya recuperación y análisis ejecuta la Fiscalía como actividad investigativa propia que está sometida a control posterior, como lo dispone el artículo 237 del mismo ordenamiento, modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007[17]".

1.1.4.3. **Presupuestos que debe examinar para autorizar búsqueda selectiva de información confidencial del indiciado o imputado en bases de datos**: "La búsqueda selectiva en bases de datos conformadas por instituciones o entidades pública o privadas autorizadas para el tratamiento de datos personales, que contienen información confidencial del indiciado o imputado y que por lo tanto no son de acceso público, involucra afectación al derecho fundamental a la autodeterminación informática, por lo que su práctica sólo puede llevarse a cabo previa autorización del juez de control de garantías, quien para la adopción de la autorización correspondiente tendrá en cuenta la legitimidad de la medida atendiendo a su finalidad, así como los criterios de pertinencia, idoneidad y necesidad de la misma que determinen su proporcionalidad en el caso concreto[18]".

[14] Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2007.
[15] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 42307 de 2015.
[16] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 35127 de 2013.
[17] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 30022 de 2008.
[18] Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2007.

1.1.5. Problemas inherentes a la audiencia de control posterior de búsqueda selectiva en base de datos (Art. 404).

- ✓ El objeto de debate en la audiencia preliminar es verificar la legalidad del elemento material probatorio que fue acopiado (Sentencia CSJ 94744 -2017).
- ✓ El fiscal debe señalar al juez de control de garantías que la información que pretende someter a control de legalidad fue objeto de control previo en desarrollo de los presupuestos del artículo 404.
- ✓ Demuestra la línea de tiempo (la revisión de la legalidad se realizará ante el Juez Penal Militar de Control de Garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información). (art. 404).
- ✓ El fiscal señala que cumplió el plazo otorgado para la actividad investigativa. (art. 385).
- ✓ El fiscal expone los resultados (art. 404).
- ✓ El procesado y su defensor pueden estar presentes en la audiencia[19] (el propósito para el cual puede acudir el indiciado o su defensa a la diligencia es el de buscar la exclusión de la evidencia que consideran fue ilegalmente obtenida).
- ✓ El Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías toma la decisión que corresponda (art. 176, 214, 300, 301).
- ✓ Contra la decisión procede el recurso de reposición y en subsidio apelación en efecto devolutivo (art. 339, 340).

1.1.5.1. **Objeto del debate**: "Así pues, el objeto de debate en la mencionada audiencia preliminar es verificar la legalidad del elemento material probatorio que fue acopiado. Para que el juez de control de garantías establezca si es legal o no, constatará que «se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes[20]".

"Entonces, en principio, la verificación sobre la legalidad de lo actuado será el único aspecto para debatir en esa audiencia preliminar. Por tal razón, el propósito para el cual puede acudir el indiciado o su defensa a la diligencia es el de buscar la exclusión de la evidencia que consideran fue ilegalmente obtenida[21]".

[19] Corte Constitucional. Sentencia C-025 del 2009.
[20] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 94744 de 2017.
[21] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 94744 de 2017.

1.1.6. Audiencia de obtención de muestras que involucren al indiciado, registro personal, inspección corporal, exámenes de ADN que involucren al indicado o al imputado (según el caso) (art. 405, 406, 407, 408).

- ✓ Identificación e individualización del indiciado o imputado (art. 290, 410, concordante con el artículo 99 de la Ley 1453 de 2011).
- ✓ Delimita los hechos jurídicamente relevantes que motivan la investigación.
- ✓ Justifica la necesidad de obtener las muestras que involucren al indiciado, registro personal, inspección corporal, exámenes de ADN que involucren al indicado o al imputado (según el caso) (art. 405, 406, 407, 408).
- ✓ El Juez Penal Militar de Control de Garantías le pregunta al indicado o imputado si emite su consentimiento para la obtención de la muestra, haciendo todas las advertencias derivadas del artículo 33 constitucional y 179 de la ley 1407 de 2010 (El consentimiento debe ser libre e informado Sentencia T-059 de 2018).
- ✓ En caso de que no exista consentimiento por parte del procesado siguiendo las voces de la sentencia C-822 de 2005 el fiscal deberá realizar en la solicitud del juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad).
- ✓ Cuando se trate de registro personal el Fiscal Penal Militar deberá sustentar los motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en la Ley 1407 de 2010, que le permiten inferir que la persona objeto de registro está relacionada con la investigación que adelanta, y que está en posesión de elementos (art. 407).
- ✓ Cuando se trate de inspección corporal, el Fiscal Penal Militar deberá sustentar los motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en la Ley 1407 de 2010, que le permiten inferir que en el cuerpo del indiciado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, en esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana (art. 406).
- ✓ En todos los anteriores casos, se le deberá correr traslado de la solicitud al defensor para que se pronuncie en ejercicio de la defensa técnica y material (art. 29 CP, art. 179 de la Ley 1407 de 2010).
- ✓ Cuando se requiera por parte de policía judicial la realización de exámenes de ADN, en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio que permita determinar datos como la raza, el tipo de sangre y, en especial, la huella dactilar genética, el fiscal deberá solicitar al juez de garantías la realización de dicho examen justificando los motivos razonablemente fundados, así como el juicio de proporcionalidad (art. 405).

- ✓ Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o acusado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, el fiscal deberá solicitar la revisión de legalidad, ante el juez penal militar de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo, con el fin de establecer su legalidad formal material (art. 405)[22] (Leer y tener en cuenta la sentencia C-334 de 2010).
- ✓ El Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías toma la decisión que corresponda (art. 176, 214, 300, 301).
- ✓ Contra la decisión procede el recurso de reposición y en subsidio apelación en efecto devolutivo (art. 339, 340).

1.1.6.1. Respecto de la obtención de muestras y su contenido jurisprudencial:

"a) la obtención de muestras requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso; b) la obtención de muestras siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado[23]".

"El fundamento de la regla que establece el principio de reserva judicial en la autorización de esa clase de diligencias, en términos generales, estriba en que representan una afectación media o alta en el ejercicio y goce de derechos fundamentales4, dependiendo de las circunstancias en que deban ser practicadas, de manera que se justifica la intervención previa del juez con el fin de examinar la pertinencia, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida limitativa y decida si autoriza su práctica[24]". Esta reserva judicial exige: "(i) la solicitud expresa del fiscal, o excepcionalmente de la policía judicial en circunstancias de "extrema urgencia" y, por supuesto, (ii) la decisión judicial previa, proferida por el juez de control de garantías, para que las medidas puedan ser practicadas[25]".

[22] Este inciso del artículo 245 de la Ley 906 de 2004, cuyo contenido es idéntico al del art 405, fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C- 334 de 2010, excepto la expresión "dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo" que se declaró inexequible. El condicionamiento hizo referencia a que la revisión de legalidad, que corresponde al juez de garantías, de manera previa.
[23] Corte Constitucional. Sentencia C -822 de 2005.
[24] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 37130 de 2013.
[25] Corte Constitucional. Sentencia C -822 de 2005.

En ese contexto, le corresponde al funcionario que ejerza el control: "determinar si la finalidad concreta que lleva al Fiscal o a la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, a solicitar autorización para realizar la medida de intervención corporal es legítima e imperiosa. Igualmente, habrá de examinar si la medida específica, en las condiciones particulares del caso, es o no pertinente, y de serlo, si la medida solicitada es idónea para alcanzar dicho fin; si además de idónea, es necesaria porque no existe otro medio alternativo menos restrictivo de los derechos con eficacia semejante para obtener los elementos materiales probatorios y evidencias materiales dentro del programa de investigación; y si al ponderar los derechos y las finalidades buscadas la medida en concreto no resulta desproporcionada, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de los delitos investigados, el grado de afectación de los derechos que supone la medida en concreto, y los intereses y objetivos específicos buscados con la medida dentro del programa de investigación[26]."

1.1.6.2. Registro personal es diferente a las actividades de prevención de la fuerza pública: "El registro personal regulado en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 tiene como finalidad la búsqueda de evidencia física o elementos materiales probatorios dentro del programa metodológico de una investigación penal, no prevenir la comisión de delitos… (…) "En cuanto a los procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública, éstos corresponden a las requisas o cacheos realizados en lugares públicos, que implican la inmovilización momentánea de la persona y una palpación superficial de su indumentaria para buscar armas o elementos prohibidos con el fin de prevenir la comisión de delitos, o para garantizar la seguridad de los lugares y de las personas, procedimientos que se encuentran regulados en las normas vigentes de policía. Estos procedimientos preventivos no forman parte de las investigaciones penales[27]"

TIPS ACUSATORIO: El programa metodológico es una herramienta esencial para la construcción de manera adecuada los hechos jurídicamente relevantes, no los confunda con hechos indicadores, utilice los elementos del tipo penal para desarrollar un argumento coherente, maneje en su discurso herramientas de persuasión que permitan decir que actuó con dolo, que lesionó o puso en peligro el bien jurídico, que el autor o participe era imputable, que comprendía la ilicitud de su actuar y que se le exigía un comportamiento diferente, sin tener que hacer referencia explícita a cada uno de estos aspectos.

Si se trata de un delito culposo, debe al igual justificar la infracción al deber objetivo de cuidado, señalando la norma, manual, reglamento en donde se encuentra dicho deber vulnerado, teniendo especial cuidado de contar con una evidencia que así lo sustente.

[26] Corte Constitucional. Sentencia C -822 de 2005.
[27] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 25583 de 2007.

1.1.7. Problemas inherentes a la audiencia de solicitud de orden de captura (art. 455 y siguientes)

- ✓ Identificación e individualización del indiciado (art. 290, 410, concordante con el artículo 99 de la Ley 1453 de 2011)
- ✓ Debe indicar si el delito por el cual se investiga al indiciado y se requiere su captura procede medida de aseguramiento de detención preventiva (art. 467)
- ✓ Partiendo de la descripción de los hechos jurídicamente relevantes y las circunstancias de tiempo, modo y lugar deberá concretar la relación del indiciado con el delito endilgado.
- ✓ Determina los motivos fundados que vinculan al indicado con el delito (art. 382)
- ✓ Sustenta el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) (art. 453, 454)
- ✓ Señala el término de vigencia de la orden de captura (art. 456).
- ✓ El Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías toma la decisión que corresponda (art. 176, 214, 300, 301).
- ✓ Contra la decisión procede el recurso de reposición y en subsidio apelación en efecto devolutivo (art. 339, 340).

1.1.7.1. Contenido de la orden de captura: "La orden de captura es una providencia judicial que contiene datos (i) relacionados con la investigación penal, específicamente la descripción del motivo por el cual se libra la orden, es decir, si se trata de una condena penal o una medida de aseguramiento, (ii) la identidad del sujeto indiciado o imputado, como su nombre y número de cédula, (iii) la conducta por la cual se adelanta la investigación en el caso de la imposición de una medida de aseguramiento, o el delito por el cual fue condenado en caso de que exista un pronunciamiento que defina su responsabilidad, (iv) la fecha de los hechos y (v) el fiscal que dirige la investigación y/o el juez que ordena la captura[28]".

1.1.7.2. Concepto de test de proporcionalidad: "El test de proporcionalidad es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza[29]".

[28] Corte Constitucional. Sentencia C-276 de 2019.
[29] Corte Constitucional. Sentencia C-695 de 2013.

1.2. AUDIENCIAS CONCENTRADAS

Se entiende por audiencias concentradas al tenor de la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia, las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento, la cuales suelen hacerse de manera continua y sucesiva, también ha indicado que son tres diligencias de naturaleza y con objetos completamente diferentes[30].

Aspecto que también ha desarrollado la Corte Constitucional al señalar que:

"(…) la práctica muestra que la audiencia concentrada, en la forma como hasta ahora se ha venido realizando, ha arrojado los mejores resultados, pues todos los protagonistas de la actuación saben que en una misma audiencia se agotan tres actuaciones diferentes; que se conocen a partir de ese acto las imputaciones que facilitan la labor defensiva del incriminado y su defensor; que afectada la libertad puede estimularse el derecho de impugnación, lográndose al actuar de esta forma conglobante que la actuación se desarrolle sin dilaciones injustificadas (arts. 29 y 22 C Pol.)[31]".

Metodología de las audiencias (Art. 305)

El Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías verifica la presencia de las partes e intervinientes según la naturaleza de la audiencia y las disposiciones normativas y jurisprudenciales que justifican y permiten su participación.
Señala que las intervenciones se deben concretar al desarrollo de los problemas inherentes a la audiencia (Art. 301 -1).
Limita el tiempo en las intervenciones (Ley 1564 de 2012 art. 107-3).
Señala que las partes deberán obrar sin temeridad en sus pretensiones o en el ejercicio de los derechos procesales, evitando los planteamientos y maniobras dilatorias, inconducentes, impertinentes o superfluas (art. 302-2).
Les indica que deberán abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus intervenciones (art. 302-3).
Les señala que deberán guardar silencio durante el trámite de las audiencias, excepto cuando le corresponda intervenir (art. 302-8).

[30] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 43524 de 2014.
[31] Corte Constitucional. Sentencia C- 163 de 2008.

1.2.1. Problemas inherentes a la audiencia de legalización de captura (art. 455)

- ✓ Identificación e individualización del indiciado (art. 290, 410, concordante con el artículo 99 de la Ley 1453 de 2011).
- ✓ Determina el motivo de la captura (con orden judicial o en flagrancia)
  Si es con orden judicial debe justificar la vigencia (art. 456)
  Si es en flagrancia deberá justificar la causal (art. 459, 460, Concordante con el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011)
- ✓ Justifica la materialización de los derechos del capturado (art. 461)
- ✓ Justifica el trato brindado al capturado (Dignidad humana) (art. 6)
- ✓ Justifica la línea de tiempo.
- ✓ El juez concede la palabra a las demás partes para que se pronuncien respecto de los argumentos esgrimidos por la fiscalía.
- ✓ El Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías toma la decisión que corresponda (art. 176, 214, 300, 301).
- ✓ Contra la decisión procede el recurso de reposición y en subsidio apelación en efecto devolutivo (art. 339, 340).

1.2.1.1. **Verificación de la captura por parte del fiscal antes de la audiencia**: "Al fiscal a cuya disposición es puesto el capturado, le asiste la obligación de valorar dos situaciones: 1) si el presunto delito por el que se procede comporta medida de aseguramiento; y, 2) si la captura fue legítima, esto es, si se produjo dentro de una de las precisas y estrictas hipótesis previstas para la flagrancia –vale decir que no haya sido arbitraria- , y si la forma en que se produjo respetó los estándares legales; apreciación que de acuerdo con sus resultados podría generar como efecto ineluctable la orden de libertad inmediata del aprehendido, so pena de incurrir en el delito descrito en el artículo 175 del estatuto punitivo, conocido como prolongación ilícita de privación de libertad. De manera que, si el fiscal concluye que el delito por el que se produjo la captura no comporta medida de aseguramiento, o que la aprehensión fue ilegal, deberá, de inmediato, ordenar el restablecimiento de la libertad, sin más consideraciones[32]".

1.2.1.2. **Papel del juez en la legalización de la captura**: "Se pretende a través de este control que una autoridad competente, independiente e imparcial revise la legalidad de la privación de la libertad, con propósitos tales como (i) evaluar si concurren razones jurídicas suficientes para la restricción de la libertad; (ii) establecer si se precisa la detención antes del juicio; (iii) salvaguardar el bienestar

[32] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 36107 de 2011.

del detenido; (iv) prevenir detenciones arbitrarias y otras eventuales afectaciones de derechos fundamentales. Mediante este procedimiento se pone a disposición de la persona privada de la libertad la primera oportunidad de impugnar la restricción de su libertad y de obtener el restablecimiento en el goce de esta prerrogativa fundamental si la detención, el arresto o la captura se han producido con desconocimiento de las garantías debidas[33]".

1.2.1.3. **Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia:** "En primer término la actualidad, esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término la identificación o por lo menos individualización del autor del hecho[34]". "(…) el requisito de la actualidad requiere que efectivamente las personas se encuentren en el sitio, que puedan precisar si vieron, oyeron o se percataron de la situación y, del segundo, -la identificación-, lleva a la aproximación del grado de certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Por lo tanto, si no es posible siquiera individualizar a la persona por sus características físicas -debido a que el hecho punible ocurrió en un lugar concurrido-, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia. Y tampoco puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito, pero es capturada mucho tiempo después. En efecto, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial[35]".

1.2.1.4. **Sorprendimiento:** "El Sorprendimiento de la persona está inescindiblemente ligado a la captura y en cada uno de ellos se establece una diferencia temporal de menor a mayor, en todo caso limitada por una determinada inmediatez a la comisión del delito y a la posibilidad de predicar la identificación y consecuente autoría del aprehendido; circunstancia que, a su vez, frente a cada una de las situaciones planteadas conlleva a unas determinadas exigencias valorativas que compete hacer al Juez[36]".

Este ingrediente normativo está relacionado con el concepto de inmediatez, es decir, que el sorprendimiento se genera al momento en que alguien comete la conducta.

[33] Corte Constitucional. Sentencia C-163 de 2008.
[34] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 25136 de 2006.
[35] Corte Constitucional. Sentencia C-024 de 1994.
[36] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 25136 de 2006.

Es el momento en que una persona se percata de la realización del hecho punible o percibe a otra con objetos, instrumentos o huellas que indican fundadamente su participación en un delito.

Sánchez (2004), refiere que, "el sorprendimiento se da en la misma ejecución, esto es, que **subsiste ante los ojos del observador y para que esto suceda es necesario que el delito dure o no haya concluido en el momento en que se descubre**[37]".

La Corte Constitucional, manifestó que: "…La flagrancia no se limita a aquella hipótesis en la que (i) la persona es aprehendida **en el momento mismo en el que se encuentra cometiendo la conducta** -flagrancia en sentido estricto-, sino también (ii) cuando es aprehendida inmediatamente después de la conducta, pero como resultado de una persecución, de un señalamiento **de un hecho que acaba inmediatamente de ocurrir** o de la utilización de medios de video vigilancia y la persona es aprehendida inmediatamente después -flagrancia extendida-; igualmente (iii) cuando es capturada con objetos o instrumentos o en el vehículo utilizado para huir, a partir de los cuales es posible inferir razonablemente **que acaba de realizar la conducta punible** -flagrancia inferida por las cosas[38]...."

La Corte Suprema de Justicia, en Auto de fecha 1 de diciembre de 1987, sostuvo esa afirmación cuando refiere que la flagrancia debe entenderse como una "evidencia procesal", en cuanto a los partícipes, derivada de la **oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en el hecho punible**.

La Corte Suprema citada por Castellanos (2016) dijo en esa oportunidad que[39]: "…Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término, **la actualidad, esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él** y en segundo término la identificación o por lo menos individualización del autor del hecho. "Para la Corte Constitucional, **el requisito de la actualidad requiere que efectivamente las personas se encuentren en el sitio, que puedan precisar si vieron, oyeron o se percataron de la situación** y, del segundo, -la identificación-, lleva a la aproximación del grado de certeza que fue esa persona y

[37] Sánchez, P. (2004). Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial Idemsa.
[38] Corte Constitucional. Sentencia C-303 de 2019.
[39] CASTELLANOS. A. Flagrancia: Estudio de los requisitos en cada una de sus modalidades. y la inmediatez como exigencia necesaria del instituto. Revista Estrado Volumen 3 – Número 5. Pág. 20 -21

no otra quien ha realizado el hecho. Por lo tanto, si no es posible siquiera individualizar a la persona por sus características físicas -debido a que el hecho punible ocurrió en un lugar concurrido-, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia. Y tampoco puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito, pero es capturada mucho tiempo después. Se reitera: "**En efecto, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial"…**[40]"

1.2.1.5. **Aprehensión**: "Técnicamente la aprehensión es la actividad física de sujetar, asir, inmovilizar o retener a alguien para conducirlo forzadamente ante la autoridad judicial; es la manera como se concretiza la captura, concepto jurídico que, en el ordenamiento jurídico colombiano, se deriva de la flagrancia o de una orden de una autoridad judicial en razón de la presunta comisión de un delito y que, por lo tanto, es un acto jurídico que priva legítimamente de la libertad y activa una serie de garantías y procedimientos especiales[41]".

Concepto jurídico que, en el ordenamiento jurídico colombiano, se deriva de la flagrancia o de una orden de una autoridad judicial debido a la presunta comisión de un delito y que, por lo tanto, es un acto jurídico que priva legítimamente de la libertad y activa una serie de garantías y procedimientos especiales. Para la jurisprudencia constitucional, el aprehendido tiene derecho a ser llevado ante un juez, dentro de máximo 36 horas…

Es necesario aclarar que "**en el caso en que una persona señale ante los agentes de Policía que determinada persona, días, meses o años atrás, cometió determinado delito y con el único fin de lograr su identificación y, por consiguiente, permitir el acceso efectivo a la justicia de las víctimas, con la presentación posterior de la correspondiente denuncia o querella, el mismo Código Nacional de Policía otorga la facultad a los agentes de Policía para solicitar la identificación y, en caso de resistirse a la misma, realizar un procedimiento de registro a la persona. Se trata de molestias que no constituyen privaciones de la libertad**[42]".

[40] Corte Constitucional. Sentencia C-024 de 1994.
[41] Corte Constitucional. Sentencia C-303/2019
[42] Corte Constitucional. Sentencia C-024 de 1994

1.2.1.6. **Flagrancia en sentido estricto**: "Cuando la persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito[43]". "La flagrancia se convierte pues, en una excepción necesaria, oportuna y eficiente para perseguir e imponer responsabilidad a quien ha cometido un delito, a través de su captura que puede hacer cualquiera, el particular y la autoridad pública, pero que para proteger la libertad personal y la garantía de reserva de la primera palabra, debe llevar siempre a someter en el menor tiempo posible, al fiscal la valoración de esta aprehensión de la persona y en su caso, al juez de control de garantías[44]".

1.2.1.7. **Cuasi flagrancia:** "Cuando la persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho[45]".

1.2.1.8. **Flagrancia inferida**: "Hipótesis en la que la persona no ha sido observada en el momento de cometer el delito, ni tampoco ha sido perseguida después de realizarlo, sino que es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparece o se infiere fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él[46]"

1.2.1.9. **Captura efectuada en naves sujetas a una operación de interdicción marítima:** "La Armada Nacional deberá celosamente procurar: i) el inmediato desvío de la nave objeto de interdicción marítima, dentro de las condiciones que razonablemente lo permitan para la mayor seguridad de los capturados y de la operación naval; ii) la estricta protección de los derechos fundamentales de las personas capturadas en flagrancia; iii) el cumplimiento de la integridad de formas y garantías que reglan el procedimiento de interdicción marítima; iv) la diligente y pronta comunicación y coordinación con las autoridades competentes, en particular la Fiscalía para que provea lo necesario para recibir con prontitud en puerto la nave, las sustancias transportadas sobre las que se sospecha de modo razonable su ilicitud y naturalmente las personas a bordo capturadas. La Fiscalía por su parte, deberá arreglar todo lo necesario para que, una vez llegados a puerto, de inmediato verifique con su cuerpo técnico la ilicitud de las sustancias, y conforme lo señalado por la Corte en sentencia C-591 de 2005 con relación al art. 302 del C.P.P., examine si dicha captura fue o no legal, es decir, "si se presentaron o no, en el caso concreto, las condiciones legales de la flagrancia (…) así como los requisitos exigidos por la

[43] Corte Constitucional. Sentencia C-239/2012
[44] Corte Constitucional. Sentencia C-303/2019
[45] Corte Constitucional. Sentencia C-239/2012
[46] Corte Constitucional. Sentencia C-239/2012

jurisprudencia constitucional". En concreto, para que verifique, conforme a lo previsto en el parágrafo 2º del art. 56 de la ley 1453 de 2011, que las sustancias analizadas fueren ilícitas o no, se cumplió o no rigurosamente con el procedimiento de interdicción marítima, o se vulneraron o no derechos fundamentales de los involucrados. Pues en caso negativo, como entonces se dijo, por tratarse de una captura ilegal, la o las personas afectadas deben ser liberadas por la Fiscalía, "imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario", como lo establece el art. 302, inc. 3º del C.P.P. Todas las anteriores actividades, deberán asegurar que la garantía del artículo 28 constitucional se preserve y en todo caso transcurra el menor tiempo posible desde el momento de la captura en flagrancia producto de la interdicción marítima y el control efectivo de la restricción de la libertad de los implicados por el juez competente, de modo que no supere las 36 horas contadas desde el arribo a puerto colombiano[47]".

1.2.1.10. Línea de tiempo, criterios del plazo razonable en la Corte IDH y la Corte Constitucional: El juez deberá examinar si: "(i) se desconocieron los términos legales previstos para la adopción de la decisión; (ii) si la violación a estos se debe a la complejidad del caso, la actividad probatoria, y en esa medida la actividad judicial se encuentra dentro de un plazo razonable y (iii) si no concurren elementos estructurales o de contexto objetivos e invencibles como situaciones de fuerza mayor[48]. Son cuatro los elementos para tener en cuenta cuando se vulnera el plazo razonable al tenor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos: "a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales; y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso[49]".

1.2.1.11. Término para el desarrollo de la audiencia: "El sistema jurídico colombiano acogió el mandato que proscribe toda prolongación indefinida de una restricción de la libertad despojada de control judicial, estableciendo un parámetro temporal cierto para que se lleve a cabo dicha supervisión. Un examen sistemático de los preceptos constitucionales permite afirmar que toda privación efectiva de la libertad personal debe ser sometida a control judicial de inmediato, y a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a su producción[50]". La Corte Suprema de Justicia señaló que hay escenarios adversos donde la naturaleza juega un papel muy importante, pues no se puede ir en contra de situaciones naturales

[47] Corte Constitucional. Sentencia C- 239/2012
[48] Corte Constitucional. Sentencia SU-453 de 2020.
[49] CIDH. Caso González Medina y Familiares Vs Republica Dominicana 27 de febrero de 2012.
[50] Corte Constitucional. Sentencia C-163/2008

como las condiciones climatológicas o geomorfológicas, era imposible trasladar a los aprendidos ante el operador jurídico en el tiempo establecido, como tampoco era posible ingresar al juez y fiscal para realizarla en el lugar donde se encontraba los miembros del Ejército Nacional, en este caso la Corte dio mayor prevalencia a la seguridad y a la vida de los capturados y de la tropa que al derecho a la libertad[51].

1.2.1.12. **Trato digno al capturado**: "El ciudadano capturado, sometido por tanto al inmenso poder de la sociedad representado en las autoridades que lo aprehenden, reducida su libertad y con ella su dimensión psicológica y física por efectos de la extrema medida que soporta, aún conserva la dignidad propia de su condición de persona y por tanto, no obstante su indefensión, tiene derecho a esperar que se le trate con la consideración propia de su naturaleza; y ese tratamiento tampoco es arbitrario sino que también está reglado, en un plexo normativo que parte por precisar los eventos de captura, y también la forma en que el aprehendido debe ser tratado, tal y como se observa en lo previsto, entre otros, por el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal; so pena de que el incumplimiento de tales reglas o el maltrato físico o psicológico del aprehendido, torne en ilegal la captura con las consecuencias liberatorias propias de tal situación[52]".

TIPS ACUSATORIO: La captura en flagrancia es la excepción a la regla, su verificación debe ser mucho más exigente por parte del juez control de garantías, estudiar las causales al momento de analizar la legalidad del procedimiento de la aprehensión del militar o policía puesto a disposición es determinante para sustentar la causal en la audiencia correspondiente. Recuerde que sorprender, aprehender en cualquiera de las causales está directamente relacionado con la palabra **inmediatez**, cualquier señalamiento posterior a un hecho no significa *per se* flagrancia.

Como Fiscal o Juez de Garantías recuerde que la dignidad humana gobierna todo el sistema procesal penal militar, por ello, ante tan drástica restricción también debe existir una verdadera verificación de la situación concreta, lo cual resulta aplicable con mayor rigurosidad cuando se trate de delitos contra la disciplina o el servicio en donde también se deberá tener en cuenta el principio de especialidad desarrollado en la sentencia C709 de 2002.

En el sistema acusatorio de la Justicia Penal Militar y Policial el recurso de apelación que procede contra los autos que tomamos en las distintas audiencias de nuestra competencia, en la Ley 1407 de 2010 se interpone en la audiencia pero se sustenta ante al magistrado, ello aplica para quien interpone y para los no recurrentes, En la justicia Ordinaria eso fue modificado por la ley 1395 de 2010 que es una ley aplicable por temas de descongestion unicamente a la justicia ordinaria. En materia penal militar y policial el artículo aplicable es el 341 de la Ley 1407 de 2010 que no ha sido modificado.

[51] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral Sentencia 00014.2011
[52] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 36107 de 2011.

1.2.2. Problemas inherentes a la audiencia de formulación de imputación (art. 444 y siguientes)

- ✓ Identificación e individualización del indiciado (art. 290, 410, concordante con el artículo 99 de la Ley 1453 de 2011 y art. 446 -1)
- ✓ Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible (art. 446 -2)
- ✓ Calificación jurídica de la conducta y la pena prevista
- ✓ Posibilidad del investigado de allanarse y obtener rebaja de pena. (art. 446 – 3).
- ✓ El juez penal militar y policial control de garantías debe preguntar al imputado si comprendió los cargos imputados por la Fiscalía
- ✓ El juez penal militar y policial control de garantías le deberá informar al imputado en lenguaje sencillo los derechos que le asisten. (art. 33 CP, art. 179, 293, Sentencia C-1260/2005).
- ✓ El Juez Penal Militar de Control de Garantías, en la audiencia de formulación de imputación, a petición del fiscal o de las víctimas podrá decretar sobre bienes del imputado las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito (art. 264).
- ✓ El Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías toma la decisión que corresponda (art. 176, 214, 300, 301).
- ✓ La imputación no es susceptible de recurso alguno[53].

1.2.2.1. Contumacia y declaratoria de persona ausente (art 449): "Si el indiciado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este Código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, esta se realizará con el defensor que haya designado para su representación. Si este último tampoco concurriere a la audiencia, sin que justifique su inasistencia, el juez procederá a designarle defensor en el mismo acto, de la lista suministrada por la Defensoría Técnica Militar, en cuya presencia se formulará la imputación. En este evento, el defensor designado podrá solicitar al juez un receso con el fin de preparar a defensa. El funcionario judicial determinará su procedencia y tiempo para llevarla a cabo acudiendo a criterios de razonabilidad[54]".

"Norma que se explica en el deber que tiene todo Estado social de derecho de garantizar la correcta administración de justicia, sin que se presenten dilaciones injustificadas que impidan su cumplimiento; entender lo contrario sería permitir que la decisión de iniciar la acción penal quedara en manos del individuo que, en forma

[53] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 39807 de 2013.
[54] República de Colombia. Ley 1407 de 2010.

antojadiza, opta por eludir las citaciones sabiendo que su actuar es suficiente para burlarse de la justicia. Ahora bien, por ser una medida de carácter excepcional en el marco de un sistema procesal penal de tendencia acusatoria, su ejecución debe rodearse de un conjunto de garantías y controles judiciales consistentes en la verificación real del agotamiento de las diligencias razonables y suficientes que se desplegaron, bien sea para localizar al indiciado, o estando ubicado, para enterarlo de la realización de la audiencia de imputación. En todo caso, siempre se contará con la presencia del abogado contractual o, de manera residual, con el asignado por la defensoría pública[55]".

"La Corte Constitucional, en la Sentencia C-591 de 2005 declaró exequibles los artículos 127 (ausencia del imputado) y 291 (contumacia) del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, frente a los cargos por los cuales fueron demandados, bajo el entendido que el Estado agote todos los medios idóneos necesarios para informar a la persona sobre el inicio de un proceso penal en su contra; que exista una identificación plena o suficiente del imputado; y que sea evidente su renuencia, según el caso. Se trata de que la Fiscalía demuestre que no fue posible localizar al indiciado para formularle la imputación, o tomar alguna medida que lo afecte, siempre y cuando haya agotado todos los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado, con un estricto control de los jueces, tanto del de control de garantías como del de conocimiento en su oportunidad, o si el imputado se rebela a asistir al proceso, o si decide renunciar a su derecho a encontrarse presente durante la audiencia de formulación de acusación, con el fin de darle plena eficacia, no solo al nuevo sistema procesal penal, sino a la administración de justicia[56]".

1.2.2.2. **Papel del juez en la audiencia de formulación de imputación**: "Si bien es cierto el juez no puede ejercer el control material de la imputación, en los términos explicados a lo largo de este proveído, sí tiene la obligación de dirigir la audiencia, lo que implica: (i) velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004; (ii) evitar que el fiscal realice el "juicio de imputación" en medio de la audiencia; (iii) igualmente, debe intervenir para que no se incluyan los contenidos de los medios de prueba, u otros aspectos ajenos a la diligencia; (iv) evitar debates impertinentes sobre esta actuación de la Fiscalía General de la Nación; (iv) ejercer prioritariamente la dirección temprana de la audiencia, para evitar que su objetivo se distorsione o se generen dilaciones

[55] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 46489 de 2015.
[56] Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005.

injustificadas; y (v) de esta manera, la diligencia de imputación debe ser esencialmente corta, pues se limita a la identificación de los imputados, la relación sucinta y clara de los hechos jurídicamente relevantes y la información acerca de la posibilidad de allanarse a los cargos, en los términos previstos en la ley[57]".

1.2.2.3. **Papel del juez ante la aceptación de cargos**: "(…) recae, por una parte, sobre el acto mismo de aceptación de responsabilidad, a fin de verificar que éste sea expresión de la autonomía de la voluntad. Así, el art. 131 del C.P.P. preceptúa que al funcionario judicial le corresponde verificar si el allanamiento es producto de una decisión, libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa. Por otra parte, el mencionado control comprende una labor de supervisión sobre el respeto de las garantías fundamentales en cabeza del acusado. Si no se acredita ningún vicio del consentimiento en la aceptación de culpabilidad ni la vulneración de garantías fundamentales, al juez de conocimiento le corresponde dictar sentencia[58]".

1.2.2.4. **Identificación e individualización**: La Honorable Corte Suprema de Justicia, considera que no debe confundirse individualización con identificación, "conceptos definidos suficientemente en criminalística. La operación de individualización consiste en determinar a una persona, una integridad sicofísica aislada. La operación de individualizar, respecto a una persona, concreta la afirmación: "Este y no otro". En cambio, la operación de identificación agrega a esa individualización, el nombre, apellido, edad, lugar de nacimiento, residencia actual, estado, profesión, etc[59]".

1.2.2.5. **Es deber del fiscal en el proceso de individualización determinar si existen patologías físicas o psíquicas que impidan comprender el acto de imputación antes de proceder a formular imputación**:

"En cumplimiento de esas actividades de «individualización» es probable que obtenga datos sobre el estado de salud del indiciado, algunos de los cuales podrían tener incidencia en la validez de actos procesales y/o en la determinación de su imputabilidad, como podrían serlo situaciones de discapacidad mental o sensorial. En este evento, la agencia acusadora deberá, entonces, recabar los elementos probatorios (historia clínica u otros documentos), y/o practicar los exámenes médico-legales (psicológicos o psiquiátricos) que le permitan verificar el estado de

[57] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 51007 de 2019.
[58] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 45495 de 2017.
[59] Tribunal Superior de Medellín. MP. Héctor Jiménez Rodríguez. Junio 25 de 1980

las capacidades cognitivas y comunicativas del investigado, antes de solicitar la audiencia de imputación, especialmente cuando no tiene la premura de una captura en flagrancia o de prescripción de la acción penal[60]".

"Sólo de esa manera podrá el fiscal del caso establecer el momento en que puede promover el inicio formal de un proceso con todas las garantías, especialmente la del acceso a la comunicación del indiciado, ya sea a través de la asistencia de un intérprete y/o de otros mecanismos de apoyo que requiera para ejercer sus derechos. Así también, optará por el aplazamiento de la diligencia de imputación cuando su destinatario se encuentra en «estado de inconsciencia» o «estado de salud que le impida ejercer su defensa material», con la consecuencia de «interrupción de la prescripción» si se reúnen las condiciones establecidas en la precitada sentencia C-425/2008".

1.2.2.6. **Hechos jurídicamente relevantes**: "Los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales[61]", también el fiscal debe: "Delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado, establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma, constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal, analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y la culpabilidad[62]".

"Cuando se está ante un delito imprudente, como sería el de lesiones personales o el de homicidio culposo en accidente de tránsito, se requiere que en la imputación se delimite cómo el indiciado incrementó el riesgo, cuál fue la desatención, omisión, negligencia, impericia o trasgresión de normas y cómo esa infracción condujo indefectiblemente al resultado dañoso[63]" "Si el acto de comunicación carece de esa pesquisa y tan solo menciona que ocurrió una colisión, que el implicado conducía un vehículo y que no tomó las previsiones legales de tránsito, sin definirlas, es clara la entelequia de los hechos jurídicamente relevantes, y ello, sin duda, afecta la estructura del debido proceso[64]".

1.2.2.7. **La importancia de los hechos**: "Para la Corte es deseable que los "hechos" que se reseñan al comienzo de las sentencias judiciales correspondan a los que finalmente, tras las valoraciones probatorias pertinentes, declara comprobados el juzgador. Lamentablemente esa no ha sido una regla observada

[60] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 52671 de 2020.
[61] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 44599 de 2017.
[62] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 52507 de 2018.
[63] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 52507 de 2018.
[64] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 53264 de 2019.

rigurosamente por todos los funcionarios. Algunos, que no han interiorizado la importancia de ese capítulo de la providencia, en un acto mecánico, fácil y rutinario, presentan como hechos una síntesis de la denuncia o del informe de policía que originó la investigación y concluyen en la parte motiva de la decisión que ocurrieron otros. O reproducen unos hechos mal construidos por la Fiscalía o por la instancia inferior, o simplemente edificados para un fallo distinto, como pasó en el presente caso[65]".

1.2.2.8. Propuesta metodológica para la construcción de hechos jurídicamente relevantes:

"Imputar hechos jurídicos falsos a un ser humano por incrementar datos estadísticos, denota la miseria en la que nos acostumbramos a vivir aún en democracia"

CN. Carlos Madrid

Los hechos jurídicamente relevantes comunican la trasgresión de un deber jurídico penal, de ahí que, no cualquier hecho debe ser imputado o llevado a las diferentes etapas del proceso penal ante un Juez. Solo aquellos que tienen la aptitud legal de ser probados como delito le interesan al derecho penal y respetan el principio de dignidad en el que se funda el sistema penal y el Estado Social de Derecho en Colombia[66].

Bajo este contexto, los hechos jurídicamente relevantes no son la totalidad de los hechos acaecidos, tampoco los hechos descritos en la denuncia, menos aún los denominados "hechos en abstracto" que se elaboran a partir de la dogmática jurídico penal. Los hechos jurídicamente relevantes **son los pertinentes para comunicar un delito y se construyen a partir de la evidencia o la prueba pertinente** dependiendo de la etapa procesal y del grado de conocimiento exigido en cada una de ellas (Motivos razonablemente fundados, Inferencia razonable, probabilidad de verdad, más allá de toda duda razonable), razón por la cual, pueden involucrar aspectos *ex ante*, concomitantes y *ex post*.

[65] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 48200 de 2016.

[66] Sentencia T-499/92. "…El principio fundamental de la dignidad humana no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (CP art. 1). Su consagración como valor fundante y constitutivo del orden jurídico obedeció a la necesidad histórica de reaccionar contra la violencia, la arbitrariedad y la injusticia, en búsqueda de un nuevo consenso que comprometiera a todos los sectores sociales en la defensa y respeto de los derechos fundamentales..."

1.2.2.8.1. Los hechos jurídicamente relevantes no son la totalidad de los hechos acaecidos

Sobre este primer aspecto, se debe advertir que, no necesariamente la totalidad de los hechos acaecidos constituyen hechos jurídicamente relevantes, pues existen hechos que en el mundo fenomenológico acontecieron pero que en definitiva no comunican la infracción de un deber jurídico penal y, en tal sentido, no le interesan al derecho penal.

Un ejemplo de ello sería el siguiente:

El día 21 de marzo de 2022, el soldado "B" desayunó siendo las 06:00 horas, llamó a su madre y le manifestó no poder ir a la fiesta de su amiga "A" en el mes de mayo porque seguramente estaría de guardia. Luego, siendo las 0800 horas, asumió el servicio de seguridad y vigilancia para el cual fue nombrado en el puesto No 3 de la unidad militar y decidió retirarse de la unidad dos horas después con destino al pueblo más cercano, donde finalmente pernotó hasta el otro día. Antes de arribar a la unidad militar, se acercó al restaurante "LAS DELICIAS" donde desayunó un calentado paisa, fumó un cigarrillo y vio el noticiero local.

En este caso, todos los hechos descritos existieron, sin embargo, no todos comunican la infracción del deber jurídico penal relacionados con la comisión del delito de CENTINELA en concurso con el delito de DESERCIÓN. Hechos tales como: hablar con su madre horas antes y advertirle que no iría a la fiesta en el mes de mayo de su amiga "A"; así como, haber fumado un cigarrillo y haber observado el noticiero local, no constituyen hechos jurídicamente relevantes, no porque no hayan acaecido en el mundo fenomenológico, sino, porque no son pertinentes para probar los delitos de CENTINELA y DESERCIÓN. Luego, la investigación debe despojarse de evidencia que no sea pertinente para que el fiscal construya los hechos jurídicamente relevantes.

1.2.2.8.2. los hechos jurídicamente relevantes no son los hechos denunciados:

Es muy común escuchar en audiencia la siguiente afirmación:

"Los hechos jurídicamente relevantes fueron descritos en la denuncia por el señor "X" así: …."

Lo que significa que, los hechos jurídicamente relevantes no han sido elaborados a partir de la evidencia pertinente, sino, de la percepción, intuición o criterio de los denunciantes y, precisamente, es el error en el que la autoridad jurisdiccional no debe caer.

La denuncia, es solo una fuente que comunica la posible violación de uno o de varios deberes jurídico-penales, pero no son los hechos jurídicamente relevantes.

Por ejemplo:

El comandante del Batallón "X" denuncia los siguientes hechos: "El día 23 de febrero de 2022, siendo las 1800 horas, pasaba yo por el bunker No 2 y el soldado "Y" no me saludó, ni me dio parte, razón por la cual, le exigí que hiciera 50 flexiones de pecho. El soldado desobedeció la orden y se insubordinó al punto que me dijo "estoy mamado". Solicito al señor Fiscal Penal Militar que el soldado sea investigado por la INSUBORDINACIÓN y la DESOBEDIENCIA"

En este caso, los hechos denunciados por el comandante no comunican un delito, por ello, no constituyen hechos jurídicamente relevantes, sin embargo, pueden ajustarse a otra clase de infracciones de deberes funcionales, que le interesan al derecho, pero no al derecho penal.

1.2.2.8.3. Los hechos jurídicamente relevantes no son una elaboración dogmática

Es común escuchar en escenarios académicos que los elementos estructurales del tipo penal (objetivos y subjetivos), así como la antijuridicidad material y la culpabilidad son hechos abstractos y, a partir de ellos, se construyen los hechos jurídicamente relevantes. Sin embargo, las categorías dogmáticas por sí mismas no son violatorias de deberes jurídico-penales y, por ende, no constituyen hechos, sino, razonamientos abstractos.

Lo que significa que:

1.- No existen hechos abstractos, sino, razonamientos abstractos, y que,

2.- A partir de razonamientos abstractos, no se pueden elaborar los hechos.

La honorable Corte Suprema de Justicia, ha sido reiterativa en advertir que para formular una imputación es necesario constatar a través de la evidencia física que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga, al igual que para la acusación, pues de los elementos materiales probatorios se debe extraer en el grado de probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es autor o partícipe[67].

Ello es de gran valía, si se considera la relación permanente que debe existir entre **la evidencia y los elementos del delito** como fórmula para construir los hechos jurídicamente relevantes. En tal sentido, los hechos se infieren de las evidencias, al punto que, si un Fiscal Penal Militar enuncia hechos sin contar con evidencias corre el riesgo de invadir el terreno de lo especulativo, y en el peor de los casos, de las falacias y las mentiras.

Por esta razón, los únicos hechos que se pueden enunciar en las diferentes etapas procesales son los que se infieren a partir de las evidencias, no otros. Si esos hechos suponen la vulneración de deberes jurídico-penales conforme la teoría del delito, son considerados JURÍDICAMENTE RELEVANTES, y no simplemente hechos.

TIPS ACUSATORIO: Tenga en cuenta que, los hechos no probados son inventos o conjeturas y los hechos elaborados a partir de teorías dogmáticas, son simples razonamientos abstractos.

1.2.2.8.4. Cronología para la elaboración de los hechos jurídicamente relevantes

Para la construcción de los hechos jurídicamente relevantes los Fiscales Penales Militares pueden seguir la siguiente cronología:

1.- Acción (actividad final y no meramente causal). Ocurre el suceso.
2.- Obtención de la evidencia (Policía Judicial bajo la dirección del Fiscal)

[67] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. MP: Doctora Patricia Salazar Cuellar. Rad. 45899 de fecha 23 de noviembre de 2017. "…De otro lado, el legislador facultó a la Fiscalía General de la Nación para determinar "cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida" se puede "inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga". A partir de esa constatación, debe decidir si formula o no imputación. En idéntico sentido, el artículo 336 dispone que "el fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad…"

3.- Valoración de la evidencia pertinente[68] a partir de la teoría del delito para determinar si la misma comunica la transgresión de un deber jurídico penal. (Fiscal Penal Militar – Policía Judicial).
4.- Construcción de los hechos jurídicamente relevantes. (Fiscal Penal Militar)

1.2.2.8.5. Metodología para la valoración de la evidencia en punto de la construcción de los hechos jurídicamente relevantes:

Para valorar la evidencia a partir de la teoría del delito se sugiere el siguiente método:

1.- Mantener la constatación permanente: "elementos del delito" - "prueba pertinente"

2.- La evidencia le señala al Fiscal unos hechos que deben ser valorados para determinar si la acción ejecutada vulneró un deber jurídico penal. A partir de ahí, el fiscal realiza un proceso de adecuación típica y constata las demás categorías del delito con el fin de establecer la comisión de una conducta punible (típica, antijurídica y culpable).

En este punto, el Fiscal debe colocar en la casilla elementos del delito y de manera separada cada una de las categorías dogmáticas, iniciando por la TIPICIDAD, posteriormente la ANTIJURIDICIDAD y por último la CULPABILIDAD.

Una vez discriminado el tipo penal:

- No se deben utilizar los mismos elementos previstos en el tipo para redactar los hechos jurídicamente relevantes. Conviértalos en hechos.

- A partir de la evidencia, considere hechos ex ante, concomitantes y ex post pertinentes. Ej: el lugar y el momento de ejecución de la conducta punible.

Ejemplo:

1.- De la evidencia obtenida por policía judicial se infiere que:

- El soldado "X" había sido entrenado y capacitado para asumir el rol de tirador de alta precisión del Batallón de Selva No 22.

[68] LINDQUIST, Kim. Lo inquisitivo hacia lo acusatorio: Una odisea (manual práctico del derecho comparado). pág. 44. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

- El 22 de marzo de 2022, el soldado "X" recibió del señor Coronel "B", Comandante del Batallón de Selva 22, la orden de alistamiento para la ejecución de la operación "**ANTÍLOPE**".
- Para tal efecto le fue ordenado presentarse en la unidad junto con su equipo de combate a las 20:00 horas del día 25 de marzo de 2022.
- Siendo las 20:00 horas del día 25 de marzo de 2022, el soldado no se presentó ante su comandante.
- La unidad de combate se fue a ejecutar la operación sin el tirador de alta precisión.

2.- Valorada la evidencia la conducta se adecúa al tipo penal de Desobediencia previsto en el artículo 96 de la Ley 1407 de 2010

"Artículo 96. Desobediencia. El que incumpla o modifique una orden legítima del servicio impartida por su respectivo superior de acuerdo con las formalidades legales, incurrirá en prisión de dos (2) a tres (3) años."

HECHOS EX – ANTE	PRUEBA PERTINENTE
TIEMPO Y LUGAR DE LOS HECHOS **HJR**: El día 25 de marzo de 2022, siendo las 20:00 horas	➢ Entrevista del Señor Coronel "B" quien manifiesta que la operación debía ejecutarse el 25 de marzo de 2022, a partir de las 20:00 horas. ➢ Entrevista del Señor Mayor "F", quien informa ser el jefe de operaciones y haber dispuesto con su comandante la operación ofensiva para el día 25 de marzo de 2022, a las 20:00 horas.
ELEMENTOS DEL DELITO	**PRUEBA PERTINENTE**
EL **HJR:** El soldado "X" Identificado con Cédula de Ciudadanía No 123456 expedida en la ciudad de Cali (Valle)	➢ Informe ejecutivo de Policía Judicial realizado por el Intendente "G", donde se anexa el informe de laboratorio FPJ-13, con plena identidad del indiciado "X", identificado con CC No 123456 expedida en la ciudad de Cali (Valle), de 22 años, natural de Cali (Valle).
QUE **HJR:** orgánico del Batallón de Selva No 22.	➢ Entrevista del Señor Sargento "H" quien manifiesta ser el jefe de personal y tener dentro del parte de soldados activos de la

	unidad al soldado "X". Así mismo que, para el día 25 de marzo de 2022, el soldado se desempeñaba como tirador de alta precisión.
INCUMPLA O MODIFIQUE **HJR:** No se presentó	➢ Entrevista del Señor Coronel "B" quien manifiesta que el soldado "X" no se presentó para la ejecución de la operación el 25 de marzo de 2022, a las 20:00 horas. ➢ Entrevista del Señor Mayor "F", quien informa ser el jefe de operaciones y haber inmiscuido al soldado "X" en la ejecución de la operación por ser el Único tirador de alta precisión.
UNA ORDEN LEGÍTIMA DEL SERVICIO **HJR:** al momento en que debía iniciar la ejecución de la operación "**ANTÍLOPE**", cuya misión era de acción ofensiva contra la estructura del Grupo Armado Organizado ELN, que delinquía en el sector conocido como "EL ROSAL", en el Departamento del Cauca,	➢ Entrevista del Señor Coronel "B" quien manifiesta que el soldado "X" debía iniciar la ejecución de la operación ANTILOPE el 25 de marzo de 2022, a las 20:00 horas. ➢ Entrevista del Señor Mayor "F", quien informa que la operación ANTÍLOPE era de acción ofensiva y se desarrollaría en el sector conocido como "EL ROSAL" en el Departamento del Cauca, en contra de la estructura criminal del ELN.
IMPARTIDA POR SU RESPECTIVO SUPERIOR **HJR:** conforme lo dispuesto por el señor Coronel "B", Comandante del Batallón de Selva No 22,	➢ Entrevista del Señor Mayor "F", quien informa que la operación ANTÍLOPE fue dispuesta por el señor Coronel "B", en su condición de Comandante del Batallón de Selva No 22.
DE ACUERDO CON LAS FORMALIDADES LEGALES **HJR:** quien le había informado de manera verbal y con 3 días de anticipación la necesidad de su alistamiento como tirador de alta precisión.	➢ Entrevista del Señor Coronel "B" quien manifiesta que el soldado "X" había recibido la orden de alistamiento desde el 22 de marzo de 2022, para ejecutarla el 25 del mismo mes y año a las 20:00 horas. ➢ Entrevista del Señor Mayor "F", quien informa que la orden de operaciones contemplaba para la ejecución de la operación "ANTÍLOPE" al soldado "X"

	quien se desempeñaría como tirador de alta precisión.
ANTIJURIDICIDAD **HJR:** por esta razón, la unidad de combate se fue a ejecutar la operación de manera tardía y sin la posibilidad de hacer reconocimientos del enemigo a larga distancia en el teatro de operaciones, lo que generó igualmente un impacto psicológico en la tropa que esperaban cumplir la orden con exactitud y sin vacilaciones.	➢ Entrevista del Señor Capitán "K" quien manifiesta haberse desempeñado como Comandante de la operación ANTILOPE, y que, la tropa bajo su mando se desanimó al saber que irían sin el tirador de alta presión, dado que no se podía hacer reconocimiento del enemigo a larga distancia, lo que implicaba un mayor riesgo para todos. ➢ Entrevista del Señor Mayor "F", quien informa que la orden de operaciones no se cumplió con exactitud conforme lo ordenado lo que generó una espera innecesaria y un desorden en el planeamiento realizado, lo que en definitiva afectó la Disciplina y puso en alto riesgo la vida de los integrantes de la unidad.
CULPABILIDAD **HJR:** Amén de que era el único uniformado de la unidad con el entrenamiento para hacerlo y sabía que el grupo Armado Organizado ejercía un control considerable sobre el terreno, lo que no le importó dado que se quedó bailando donde su novia, y sólo hizo presentación hasta las 23:00 horas.	➢ Entrevista del Señor Mayor "F", quien informa que el soldado conocía que era el Único tirador de alta precisión y aun así no se presentó para cumplir la operación, al parecer porque se quedó dormido donde la novia. Así mismo, informa que el soldado conocía el control que ejercía el enemigo en el terreno porque se le mostraron los anexos de inteligencia 2 días antes. ➢ Entrevista del Señor Coronel "B" quien manifiesta que el soldado "X" se quedó bailando en una fiesta donde la novia y se presentó sólo hasta las 23 horas del 25 de marzo de 2022.

3.- Hechos Jurídicamente Relevantes

Conforme el ejemplo anterior, los hechos jurídicamente relevantes son:

"El día 25 de marzo de 2022, siendo las 20:00 horas, el soldado "X", identificado con Cédula de Ciudadanía No 123456 expedida en la ciudad de Cali (Valle), orgánico del Batallón de Selva No 22, no se presentó al momento en que debía iniciar la ejecución de la operación "ANTÍLOPE", cuya misión era de acción ofensiva contra la estructura del Grupo Armado Organizado ELN, que delinquía en el sector conocido como "EL ROSAL", en el Departamento del Cauca, conforme lo dispuesto por el señor Coronel "B", Comandante del Batallón de Selva No 22, quien le había informado de manera verbal y con 3 días de anticipación la necesidad de su alistamiento como tirador de alta precisión.

Por esta razón, la unidad de combate se fue a ejecutar la operación de manera tardía y sin la posibilidad de hacer reconocimientos del enemigo a larga distancia en el teatro de operaciones, lo que generó igualmente un impacto psicológico en la tropa que esperaban cumplir la orden con exactitud y sin vacilaciones, amén de que era el único uniformado de la unidad con el entrenamiento para hacerlo y sabía que el grupo Armado Organizado ejercía un control considerable sobre el terreno, lo que no le importó dado que se quedó bailando donde su novia, y sólo hizo presentación hasta las 23:00 horas."

1.2.2.8.6. **Otras precisiones:** Sobre el ejercicio realizado es necesario aclarar varias circunstancias:

- En los hechos jurídicamente relevantes no se hace alusión a conceptos esencialmente dogmáticos como: autoría, dolo, sujeto activo, modelo descriptivo, incremento del riesgo, antijuridicidad material, imputabilidad, consciencia de ilicitud etc.

- Pese a que no se hace referencia a estos institutos dogmáticos no significa que, no deban reflejarse en los hechos jurídicamente relevantes, deben aparecer reflejados, pero como hechos y no como dogma.

- Los hechos jurídicamente relevantes deben ser claros y sucintos, lo que significa que, no se deben sobrecargar de aspectos ya advertidos. De hecho, no es necesario repetir que la conducta es dolosa porque que el soldado "X" conocía que recibió la orden, conocía que debía presentarse a las 20:00 horas del día 25 de marzo de 2022, conocía que era el único tirador de alta precisión etc, para concluir que quiso hacerlo.

- El dolo quedó reflejado en los hechos jurídicamente relevantes descritos, cuando se manifiesta que, el soldado no se presentó conociendo que tenía ese

deber el 25 de marzo a las 20:00 horas, más aún cuando conocía que era el único que podía desempeñar el rol de tirador de alta precisión, y su intención fue esa dado que decidió quedarse bailando donde su novia y solo hizo presentación a las 23 horas, aspecto que también irradia el conocimiento de su ilicitud.

- Institutos dogmáticos como: autoría, dolo, culpa, sujeto activo, modelo descriptivo, incremento del riesgo, antijuridicidad material, imputabilidad, consciencia de ilicitud etc. no son hechos, son razonamientos abstractos. Se convierten en hechos jurídicamente relevantes cuando se infieren de la evidencia física obtenida que, al ser valorada conforme la teoría del delito, comunica la violación de un deber jurídico penal.

- Los hechos jurídicamente relevantes no son inventos bien organizados a partir de la dogmática, son hechos o realidades probadas en el grado de conocimiento correspondiente a cada etapa procesal (Motivos razonablemente fundados, Inferencia razonable, probabilidad de verdad, más allá de toda duda razonable) que se adecúan a los elementos de una conducta punible. Luego, se construyen a partir de la relación prueba pertinente y elementos del delito sin enunciar institutos dogmáticos, causales de agravación punitiva, elementos normativos etc, ellos deben reflejarse en hechos y los hechos se extraen de la evidencia.

TIPS ACUSATORIO: Tenga en cuenta que los hechos jurídicamente relevantes al ser elaborados a partir de la evidencia y no de categorías dogmáticas, deben considerar hechos *ex ante*, concomitantes y *ex post* a la acción u omisión, siempre y cuando sean pertinentes para demostrar la teoría del caso.

1.2.2.9. **Calificación jurídica de la conducta**: "La imputación jurídica debe incluir la tipicidad (objetiva y subjetiva); señalar el o los verbos rectores, si el tipo penal contempla varios verbos rectores alternativos se debe especificar cual o cuales concurren con la imputación fáctica y verificar que no sean contradictorios[69]".

"La calificación jurídica realizada en la formulación de imputación es provisional. No es inmodificable, la fiscalía puede variarla en la acusación (escrito y audiencia), y a partir de allí si debe guardar congruencia con la sentencia, aunque dicha

[69] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 35293 de 2011.

congruencia es relativa toda vez que el juez puede condenar de manera atenuada siempre que se respete el núcleo factico central de la acusación[70]". "También se debe especificar la punibilidad concreta con los incrementos de pena respectivos si los hubiere. No se deben aumentar de manera injustificada la imputación jurídica con el ánimo de intimidar al procesado y forzar aceptaciones[71]". "El juez de control de garantías está facultado para variar la adecuación típica realizada por la fiscalía, pero única y exclusivamente para el momento de la imposición o decisión sobre la medida de aseguramiento[72]. Los jueces no pueden indicarle al fiscal la forma y delitos a imputar al procesado[73].

1.2.2.10. **Aspectos relevantes de la imputación:** No es dable al imputado o a su defensor oponerse a la comunicación[74]. El procesado ni el defensor pueden discutir o refutar en ese escenario la ocurrencia o no de los hechos, sobre la tipicidad de la conducta o el grado de autoría o participación imputada[75]. El indiciado no tiene la facultad de solicitar su propia audiencia de imputación en la etapa de indagación preliminar, siendo de resorte exclusivo de la fiscalía en qué momento lo hace[76]. Se inicia formalmente la investigación penal[77]. Es el primer escalón de la congruencia pues condiciona fácticamente la acusación[78]. Se interrumpe el termino de prescripción de la acción penal[79].

1.2.2.11. **Impugnación de competencia en la audiencia de formulación de imputación**: La Fiscalía solicita al juez de garantías citar a una audiencia para comunicarle a una persona su calidad de imputado por un hecho delictivo, momento en el que el juez puede expresar su incompetencia, por ejemplo, porque el imputado tiene fuero constitucional o legal, o porque considera que el asunto corresponde a la jurisdicción penal militar[80].

1.2.2.12. **Presupuestos para la configuración de un conflicto de jurisdicciones:** "Se requieren tres presupuestos para que se configure un conflicto de jurisdicciones: (i) Presupuesto subjetivo, el cual exige que la controversia sea suscitada por, al

[70] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 264687 de 2007.
[71] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 36924 de 2012.
[72] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 39110 de 2012.
[73] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 17226 de 2014.
[74] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 6048 de 2014.
[75] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 6048 de 2014.
[76] Corte Constitucional. Sentencia C-127 de 2011.
[77] Corte Suprema de justicia. Sentencia 42452 de 2014.
[78] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 27.518 de 2007.
[79] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1497 de 2016.
[80] Corte Suprema de Justicia. Auto 0019 de 2007.

menos, dos autoridades que administren justicia y pertenezcan a diferentes jurisdicciones; (ii) presupuesto objetivo, según el cual debe existir una causa judicial sobre la cual se suscite la controversia, es decir, que pueda verificarse que está en desarrollo un proceso, un incidente o cualquier otro trámite de naturaleza jurisdiccional; y (iii) presupuesto normativo, a partir del cual es necesario que las autoridades en colisión hayan manifestado, a través de un pronunciamiento expreso, las razones de índole constitucional o legal por las cuales se consideran competentes o no para conocer de la causa[81]".

1.2.2.13. **Beneficio por aceptación de cargos capturado en flagrancia[82]**: Según la Sentencia 38903 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, concordante con la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional, los porcentajes para la aceptación de cargos con la modificación incluida en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 en casos de captura en flagrancia quedó así:

Etapa procesal en que se produce la aceptación de cargos	**Rebaja original Ley 1407 de 2010**	**Rebaja actual en casos de flagrancia, Ley 1453 de 2011, artículo 57, parágrafo**
Audiencia de formulación de imputación	*hasta* ½ (50%) *de la pena imponible*	12.5 % (1/4 de la mitad)
Audiencia preparatoria Art.356-5	*hasta* 1/3 (33.3%)	8.33% (1/4 de la tercera parte)
Audiencia juicio oral Art. 367	*de* 1/6 (16.6%)	4.16% (1/4 de la sexta parte)

[81] Corte Constitucional. Auto 402 de 2022.

[82] Es importante tener en cuenta que ni la Corte Constitucional, ni la Corte Suprema de Justicia, ni el Honorable Tribunal Superior Militar y Policial se han pronunciado sobre si la Ley 1453 de 2011 en este aspecto específico es aplicable en materia penal militar, lo cual se deberá tener en cuenta al momento de la aceptación de cargos a efectos de garantizar el cumplimiento del principio de legalidad.

1.2.3. Problemas inherentes a la solicitud de medida de aseguramiento (art. 464 al 473)

- ✓ Identificación e individualización del imputado (art. 290, 410, concordante con el artículo 99 de la Ley 1453 de 2011 y art. 446 -1)
- ✓ Determinación del delito (descripción típica + pena prevista) (art. 464)
- ✓ Elementos de conocimiento necesarios (inferencia razonable de autoría y participación) (art. 466)
- ✓ Requisitos para imponer medida de aseguramiento (1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado o acusado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado o acusado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima o de la fuerza pública. 3. Que resulte probable que el imputado o acusado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia) (art. 466).
- ✓ Procedencia de la medida de aseguramiento (requisitos objetivos) (art. 467).
- ✓ Sustenta el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) (Art. 453, 454).
- ✓ Realiza la solicitud en sentido concreto.
- ✓ El juez concede la palabra a las demás partes para que se pronuncien respecto de los argumentos esgrimidos por la fiscalía.
- ✓ El Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías toma la decisión que corresponda (Art. 176, 214, 300, 301).
- ✓ Contra la decisión procede el recurso de reposición y en subsidio apelación en efecto devolutivo (Art. 339, 340).

1.2.3.1. ¿Se deberá tener en cuenta lo previsto en la nueva Ley 2197 de enero 25 de 2022?

En lo que hace referencia a la modificación del artículo 310 de la 906 de 2004 del numeral 5 en punto del peligro para la comunidad: “5. Cuando se utilicen armas de fuego; armas convencionales; armas de fuego hechizas o artesanales; armas, elementos y dispositivos menos letales; o armas blancas definidas en la presente ley” y la adición del numeral 8 “8. Además de los criterios previstos en el presente artículo, las autoridades judiciales deberán tener en cuenta, al momento de realizar la valoración autónoma del peligro para la comunidad, si la persona fue o ha sido imputada por delitos violentos, ha suscrito preacuerdo, aceptado cargos u otorgado principio de oportunidad en los últimos tres (3) años por la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico”.

Adicionalmente, la Ley 2197 de enero 25 de 2022, modifica el artículo 312 de la ley 906 de 2004 agregando el numeral 4 en punto de la no comparecencia "4. la resistencia al procedimiento de captura mediante actos violentos contra el funcionario o servidor que la realice, el intento de emprender la huida, o dificultar su individualización[83]".

1.2.3.2. La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal.

"(…) la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente, ya sea el de control de garantías o el de conocimiento, según corresponda, a solicitar la medida respectiva.

Lo anterior no significa que el juez competente, al recibir de manera directa la solicitud de la víctima en el sentido de que se imponga una medida de aseguramiento o una medida de protección específica, deba proceder a dictarla sin seguir el procedimiento señalado en las normas aplicables. Así, por ejemplo, en el caso de las medidas de aseguramiento debe previamente escuchar al fiscal, a la defensa y al Ministerio Público, como lo exige el propio artículo 306 acusado[84]".

En materia penal militar y policial deberá analizarse si es aplicable en punto de este aspecto la reforma introducida por la Ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 en el siguiente tenor:

"La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal. En dicho caso, el Juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del Fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición[85]".

1.2.3.3. Requisitos para imponer medida de aseguramiento: "(...) los fines de la medida de aseguramiento descritos en el artículo 250.1 de la Carta Superior, y consagrados en el canon 466 de nuestro actual Código Penal Militar, garantizan: (i) Que el imputado o acusado no obstruya el debido ejercicio de la justicia, (ii) que no

[83] Es importante tener en cuenta que ni la Corte Constitucional, ni la Corte Suprema de Justicia, ni el Honorable Tribunal Superior Militar y Policial se han pronunciado sobre si la Ley 2197 de enero 25 de 2022 en este aspecto específico es aplicable en materia penal militar.
[84] Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007.
[85] República de Colombia. Ley 906 de 2004 inciso tercero.

sea un peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima o de la Fuerza Pública; y (iii) que comparezca al proceso y cumpla la sentencia.

Aunado a lo anterior y en tratándose de la detención preventiva, debe avizorarse alguna de las hipótesis señaladas en el artículo 467 Ejusdem, esto es: a) Que se proceda por delitos que atenten contra la disciplina o el servicio, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad, b) que se trate de delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de dos (2) años; y/o c) que se esté en un evento en que se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.

Sumado a ello, debe el operador judicial aplicar lo que jurisprudencial y doctrinariamente se conoce como el test de proporcionalidad, herramienta interpretativa que permite establecer si la medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional, examen en cuya aplicación se ha de determinar que la medida esté contemplada desde el punto de vista legal y que la misma sea eficaz para alcanzar los fines constitucionales y legales antes descritos, luego, debe ser proporcional a la restricción del derecho que se trate, y necesaria en tanto no exista otro medio más benévolo para alcanzar el fin que se busca[86]".

1.2.3.4. **Inferencia razonable de autoría o participación**: "todo lo que las partes afirmen debe encontrarse fundado, soportado, en elementos materiales probatorios. En caso contrario, lo que no presente sustento no puede ser considerado inferencia[87]". Gómez (2019) define la inferencia razonable como: "una deducción soportada en elementos materiales, valga decir, es un resultado que se deriva de una suposición hipotética fundamentada en elementos fácticos, la cual no es dable confundirla con la conjetura o mejor con la suposición conjetural[88]".

1.2.3.5. **Juicio de proporcionalidad**: "Quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada. Estas etapas coinciden con los subprincipios de

[86] Tribunal Superior Militar. Radicado 158651 de 2017.
[87] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 49183. 01/02/2017.
[88] Gómez, G. (2019). Inferencia Razonable de Autoría o Participación del Delito investigado. – Marco conceptual. Bogotá D.C. El Portal de Shambhala.

idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad[89]

"(…) el que sea proporcional la medida de aseguramiento, como viene de verse, significa que la limitación del derecho fundamental -la libertad- que implica su imposición, sea: (i) idónea para la satisfacción de alguno de los fines constitucionales que la justifican –seguridad de la sociedad y las víctimas, efectividad de la administración de justicia y comparecencia del implicado-; (ii) necesaria para ese mismo efecto en los términos atrás explicados, y (iii) ponderada, es decir, que la gravedad de su restricción sea de menor o igual entidad en comparación con la satisfacción del principio o los principios que se pretenden beneficiar con los fines fijados[90]".

"El test de proporcionalidad es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza[91]".

En los términos de la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "además de la existencia de indicios razonables que vinculen al acusado con los hechos investigados y la acreditación de un fin legítimo que justifique la imposición de la detención preventiva, el uso de aquélla se encuentra limitado por los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad vigentes en una sociedad democrática[92]".

El principio de necesidad implica que: (i) la detención preventiva "sólo procederá cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso"[93], tras demostrarse que otras medidas cautelares menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines; y (ii) en atención a su naturaleza cautelar la misma sólo puede estar vigente durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto[94].

[89] Corte Constitucional. Sentencia C- -575 de 2009.
[90] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 46148 de 2016.
[91] Corte Constitucional. Sentencia C-695/2013
[92] Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 107
[93] OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, 30 diciembre 2013, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas.
[94] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 100 y 102 y 105.

La aplicación del principio de proporcionalidad en materia de detención preventiva implica que "debe analizarse si el objetivo que se persigue con la aplicación de esta medida restrictiva del derecho a la libertad personal, realmente compensa los sacrificios que la misma comporta para los titulares del derecho y la sociedad"[95]. Al respecto, la Corte Interamericana, en el asunto Barreto Leiva vs. Venezuela (sentencia del 17 de noviembre de 2009) sostuvo lo siguiente:

"Una persona inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción."

En cuanto al principio de razonabilidad, la Corte Interamericana ha establecido que el artículo 7.5 de la Convención "impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar"[96]. Así, "aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el periodo de la detención ha excedido el límite de los razonable[97]". De allí que de acuerdo con la racionalidad del artículo 7.5, la persona mantenida en prisión preventiva debe ser puesta en libertad desde el momento en que la privación de libertad traspasa los límites del sacrificio que puede imponerse razonablemente a una persona que se presume inocente[98].

1.2.3.6. **Riesgo de obstrucción**: "La preservación de la prueba dentro del proceso penal fue la razón que motivó al legislador para justificar la imposición de la detención preventiva por cuanto al existir motivos razonablemente fundados en que el procesado o acusado, directa o indirectamente puede llegar a tener injerencia en los elementos probatorios que formarán parte de la investigación o en la fase de juzgamiento de las pruebas a practicar en la audiencia pública, indican la tensión

[95] EA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, 30 diciembre 2013, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas.
[96] Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 119.
[97] Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 69.
[98] IDH. Informe No. 35/96, caso 10.832, Fondo, Luis Lizardo Cabrera, República Dominicana, 7 de abril de 1998, párr. 71.

entre los dos derechos fundamentales, siendo necesario en ese momento procesal que se le otorgue mayor valor al debido proceso por encima del derecho a la libertad, pues solo de la aducción de la prueba, en forma legal y oportuna y de su posterior valoración, es como el funcionario judicial puede llegar a tomar una decisión definitiva en torno a la responsabilidad penal[99]".

"El Tribunal Militar ha desarrollado esta temática, indicando que la obstrucción a la justicia debe estar ligada a los presupuestos normativos señalados en el artículo 309 de la ley 906 de 2004, por cuanto en materia castrense la ley especial no contempla esa denominación, este concepto ingresa por virtud del principio de integración normativa con el fin de llenar este vacío especifico[100]"

"(…) en la Jurisdicción Penal Militar, pese a que el procedimiento actual se está rituado por los caminos que señala la Ley 522 de 1999; cuando se trate de una medida de aseguramiento de detención preventiva, también se deben verificar los presupuestos que regulan los fines de la medida en cita, así la normatividad tenga vacíos al respecto, la razón de su exigibilidad, surge de los preceptos constitucionales que fijan los principios para restringir el derecho a la libertad y por desarrollo legal, acudiendo a los principios de integración y de favorabilidad, se han de desarrollar los contenidos de los artículos 466 y siguientes de la Ley 1407 de 2010, en armonía con los preceptos consagrados en los artículos 308 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004 El tercero y último, plantea la necesidad o finalidad que se persigue con la medida de aseguramiento privativa de la libertad, es decir, cuál es el propósito de la imposición de la medida y para ello, el legislador estableció unos criterios que evitan la arbitrariedad o la especulación, esas pautas se concretan en i) buscar que el imputado pueda transformar o desfigurar el recaudo probatorio o dificulte este último ejercicio por parte del investigador[101]".

"Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad[102]"

[99] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 32792 de 2010.
[100] Tribunal Superior Militar y Policial. Radicado 156962 de 2011.
[101] Tribunal Superior Militar y Policial. Radicado 157964 de 2014.
[102] Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 197. Ver, así mismo, Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo,

1.2.3.7. Peligro para la comunidad militar y policial: "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[103]".

"El Ataque al Superior, como acontece con el Ataque al Inferior, son injustos que vulneran la disciplina, por lo que se erigen en altamente graves en la organización y estructura de la Fuerza Pública, corresponden a descripciones comportamentales que tienen la entidad de resquebrajar efectivamente el orden; con actuaciones como la desplegada por quien hoy es materia de examen, se afectan seriamente intereses colectivos, reiteramos, como lo es la disciplina en una institución y organización, premisa que tiene vigencia en escenarios donde por excelencia predomina el interés general. 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; solo 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 solo se reclaman, dentro del concepto de interés general en la colectividad "Fuerza Pública", sino en la sociedad en general[104]".

1.2.3.8. Seguridad de la Fuerza pública como bien jurídico tutelado: "implica una seguridad subjetiva reflejada en la convicción íntima de cada miembro de no temer la producción de un hecho dañoso para sí, y objetiva, como la estabilidad de control de las causas o factores que tienen la potencia de afectar el desenvolvimiento armónico y normal de la vida militar[105]".

1.2.3.9. Riesgo de fuga: Ley 906 de 2004 (art. 312) Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, en especial, la

---

Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129., Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. párr. 153.

[103] Tribunal Superior Militar y Policial. Radicado 156920 de 2011.

[104] Tribunal Superior Militar y Policial Radicado 156920 de 2011.

[105] Tribunal Superior Militar Y Policial. Radicado 155229 de 2008.

gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.

3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.

TIPS ACUSATORIO: La libertad es un derecho fundamental, en la ley penal militar y policial se establece en el artículo 453 que la restricción a este derecho es la excepción, por ello, los argumentos para solicitar una medida de aseguramiento deben ser contundentes y estar soportados en la evidencia disponible, de esa manera se sustenta la inferencia razonable de autoría y participación.

Al momento de analizar el peligro para la comunidad o la víctima, deberá observar lo señalado en la sentencia **C-469 de 2016**, además estudiar como normas de *soft law* las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (**Reglas de Tokio**) y Reglas mínimas del proceso penal (**Reglas de Mallorca**), lo anterior por cuanto en la jurisprudencia de la Corte IDH no se contempla el peligro para la comunidad como una causal que sustente la restricción a la libertad.

Adicionalmente, si se pretende sustentar algún fin constitucional como lo es el riego de fuga, riesgo de obstrucción o riesgo de reiteración, también debe existir alguna evidencia que indique por qué esta persona constituye, por ejemplo, un peligro para la comunidad militar y policial no basta simplemente con enunciar la causal.

Por lo anterior, el estudio preliminar de la evidencia pertinente derivaba del programa metodológico es fundamental para llegar con argumentos sólidos a realizar la solicitud, recuerde siempre persuadir la mente del juez para que cambie la regla general de afirmación de la libertad, esto solo se logra mostrando con algún medio de conocimiento o información legalmente obtenida porque razón se afectó ese bien y adicionalmente porque es necesaria, razonable y proporcional la restricción de tan costoso derecho.

2. AUDIENCIAS POR DESARROLLAR ANTE EL JUEZ PENAL MILITAR Y POLICIAL DE CONTROL DE GARANTÍAS

ETAPA DE ACUSACIÓN

2.1. ETAPA DE ACUSACIÓN

Según Beling (1945), "tiene por objeto saber si el tribunal ordinario debe abrir el juicio oral y, por ende, llevar el asunto al tribunal cognitivo; y, responde a una finalidad de economía procesal, de despachar rápidamente en sentido negativo sin juicio oral asuntos que no merecen un debate, y de ahorrar al inculpado molestias procesales inútiles[106]".

México: "Acto en el que el Ministerio Público expone su acusación, las partes celebran acuerdos probatorios (hechos acordados y que no estarán a discusión en el juicio) y el juez de control determina cuáles serán los medios probatorios que podrán ser desahogados en la audiencia de juicio oral[107]".

Perú: "La fase intermedia constituye el conjunto de actos procesales cuyo objetivo consiste en la corrección o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación; estos requerimientos deben cumplir con ciertas formalidades, cuyo sentido radica en la búsqueda de precisión en la decisión judicial; por ejemplo, se debe identificar correctamente al imputado, se debe describir el hecho por el cual se pide la absolución o la apertura a juicio, se debe calificar jurídicamente ese hecho. En cualquiera de esos campos, el requerimiento fiscal puede contener errores o "vicios" que deben ser corregidos para que la decisión judicial no sea inválida; el juez y los distintos sujetos procesales tendrán interés en corregir esos defectos y de que la decisión judicial no contenga errores o en que estos no se trasladen a la etapa de juicio donde pueden generar mayores perjuicios o invalidar la totalidad del propio juicio[108]".

En Colombia, el legislador consideró necesario incluir en la audiencia de acusación el control material (art. 482), lo cual implica, una revisión más exhaustiva de aspectos relacionados con la protección de derechos fundamentales de las partes e intervinientes, en ese sentido, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han desarrollado unos criterios enfocados al control que puede y debe hacer el Juez de Conocimiento, lo cual podría o no tenerse en cuenta al momento del inicio del sistema penal militar y policial, porque, esas decisiones corresponden al estudio de la Ley 906 de 2004, donde no existe el control material de la acusación y el funcionario que realiza la audiencia es el mismo que conoce del juicio oral.

---

[106] BELING, Ernst. Derecho Procesal Penal. Barcelona: Labor, 1945. p.273.

[107] Código Nacional de Procedimientos Penales de México. Art. 342.

[108] PRÍNCIPE Trujillo, Hugo; La etapa intermedia en el proceso penal peruano: su importancia en el Código Procesal Penal de 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimientos Penales, Anuario de Derecho Penal 2009; Pp. 248 – 249.

También es importante tener en cuenta, que en materia penal militar y policial se suprimió como lo dispone el artículo 106 de la Ley 1765 de 2015 el momento en la audiencia para formular de manera oral la acusación, por ello, salvo mejor criterio jurídico, deberá entenderse en el sistema acusatorio de la justicia penal militar y policial que el acto de acusación se entiende surtido, con la entrega del escrito de acusación a las partes y la observaciones que se hagan de índole formal y material de este escrito.

Partiendo del anterior argumento, que surge de la lectura cuidadosa del artículo 479 y siguientes de la Ley 1407 de 2010, no se contempla, como ocurre en la ordinara, formular la acusación de manera oral durante la audiencia, lo que en ocasiones se traduce en leer el escrito de acusación, mala *praxis*, que con la modificación de la Ley 1765 de 2015 se entenderá superada, esto hace que el acto de acusación en la jurisdicción especializada se torne más expedito y mucho más garantista.

Metodología de las audiencias (Art. 305)

El Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías verifica la presencia de las partes e intervinientes, según la naturaleza de la audiencia y las disposiciones normativas y jurisprudenciales que justifican y permiten su participación.
Señala que las intervenciones se deben concretar al desarrollo de los problemas inherentes a la audiencia (Art. 301 -1).
Limita el tiempo en las intervenciones (Ley 1564 de 2012 art. 107-3).
Señala que las partes deberán obrar sin temeridad en sus pretensiones o en el ejercicio de los derechos procesales, evitando los planteamientos y maniobras dilatorias, inconducentes, impertinentes o superfluas (art. 302-2).
Les indica que deberán abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus intervenciones (art. 302-3).
Les señala que deberán guardar silencio durante el trámite de las audiencias, excepto cuando le corresponda intervenir (art. 302-8).

TIPS ACUSATORIO: El estudiar de manera integral las tendencias enunciadas y desarrolladas en la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 45594 de 2016 y referidas en la sentencia SU-479 de 2019 respecto de la posibilidad de efectuar un control material de la acusación, se infiere que este puede extenderse a verificar: ruptura de la unidad procesal, competencia (fuero militar), rechazar acusaciones manifiestamente incoherentes, es decir que nada tiene que ver con los hechos jurídicamente relevantes, verificar si la conducta esta prescrita, es atípica, operó la caducidad, temas respecto de querellante legítimo, verificar si se realizó o no audiencia de conciliación cuando esta proceda como requisito previo. Evite como Juez Control de Garantías intromisiones arbitrarias que desnaturalicen el sistema acusatorio y equivalgan a realizar el trabajo del fiscal.

2.1.1. Problemas inherentes a la audiencia de formulación de acusación (art. 479 al 483, 487)

- ✓ El fiscal debe radicar el escrito de acusación y sus anexos, y dar traslado de este al procesado o su defensor, al ministerio público y víctima en caso de que exista, esto deberá ser verificado por el juez al preguntar a las partes (art. 479 al 482).
- ✓ El juez debe verificar en los delitos contra la administración pública, si el fiscal dio cumplimiento a lo señalado en el artículo 36 de la Ley 190 de 1995.
- ✓ Se reconoce la calidad de víctima (Sentencia C-209/2007), contra la decisión procede el recurso de apelación en efecto suspensivo (art. 267, 339, 340, 482).
- ✓ Se le pregunta a la víctima si tiene elementos materiales probatorios por descubrir (Sentencia CSJ 37596/2011 y 45667/2015), en caso afirmativo, se dará traslado de estos a las demás partes e intervinientes en la audiencia (art. 294, 483).
- ✓ Cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía Penal Militar los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado (art. 487).
- ✓ Si la Fiscalía Penal Militar lo solicita, podrá pedir al juez de control de garantías que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio (art. 487).
- ✓ Concederá la palabra en su orden a la Fiscalía, al Ministerio Público, a la Defensa y a la víctima, para que expresen oralmente las causales de nulidad (sentencia CSJ 38256/2012) si las hubiere (art. 482, 596).
- ✓ El juez deberá resolver las peticiones de las nulidades, contra la decisión procede el recurso de apelación en efecto suspensivo (art. 339, 340, 482).
- ✓ La fiscalía, la defensa, el ministerio público y la víctima presentan sus observaciones de índole formal[109] y material respecto del escrito de acusación (art. 482).
- ✓ El Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías resolverá todas las cuestiones planteadas y admitirá la acusación si considera que se cumplen las exigencias probatorias a que alude el artículo 479 de la ley 1407 de 2010, decisión contra la cual procede el recurso de apelación en efecto suspensivo (art. 339, 340, 482).

[109] Al revisar la sentencia SU-479 de 2019 se entienden que el control formal y de allí las observaciones respecto del escrito tiene que ver con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 480 de la Ley 1407/ 2010.

- ✓ Agotado lo anterior, el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías dispondrá la remisión de todo lo actuado al Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento o de Conocimiento Especializado (art. 482).

2.1.1.1. **El descubrimiento probatorio de la fiscalía debe ser integral**: "El deber de descubrir el material probatorio que reposa en la Fiscalía incluye los elementos materiales y la evidencia que sea tanto favorable o desfavorable al investigado. La potestad adicional de solicitar el descubrimiento de pruebas específicas por parte de la defensa constituye una protección más, una garantía adicional que la protege contra el incumplimiento de la Fiscalía de su deber de descubrimiento completo del material probatorio relativo a la acusación[110]".

2.1.1.2. **Principio de igualdad de armas**: "Se dinamiza en dos direcciones complementarias: de un extremo, se traduce en que los contendores en el proceso deben contar con las mismas oportunidades para participar en el debate; y de otro, en términos probatorios, aquella regla implica la necesidad de que la defensa y la Fiscalía tengan acceso al mismo material de evidencia requerido para sustentar y enfrentar su teoría del caso (acto propio y obligatorio para el acusador, no así en lo que respecta al defensor para quien es potestativo) en el debate que tendrá lugar en el juicio[111]".

2.1.1.3. **Derechos de las víctimas en el proceso penal militar y policial**: Una lectura integral de los postulados contenidos en las sentencias C-591 de 2005, C-209 de 2007, C-516 de 2007, permite identificar los derechos de las víctimas y los deberes que le competen a la Fiscalía Penal Militar y Policial y a los Jueces de Control de Garantías y Conocimiento en punto de propender por la garantía jurisdiccional de verdad, justicia, reparación y no repetición como presupuesto esencial de dignidad humana:

- ➢ La Fiscalía Penal Militar y Policial inicialmente tiene el deber de comunicar a la víctima los derechos reconocidos de conformidad con lo establecido en los artículos 136, 194, 298 de la ley 1407 de 2010.
- ➢ Deberá solicitar al Juez de Control de Garantías o Juez de Conocimiento según el caso las medidas de asistencia integral, protección y garantías, indicando porque son necesarias, adecuadas y pertinentes.
- ➢ Debe solicitar al Juez de Control de Garantías o Juez de Conocimiento y velar por el restablecimiento de derechos.
- ➢ La victima tiene derecho a la reparación integral.

[110] Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2005.
[111] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 34412 de 2011.

- La victima puede intervenir desde el inicio mismo de la etapa investigativa como un interviniente especial, por sí misma hasta la audiencia preparatoria, o a través de apoderado durante toda la actuación (art. 299).
- La víctima podrá solicitar a través del fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares (art. 299).
- Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía Penal Militar y Policial le designará uno de oficio (art. 299).
- Ante la negativa del reconocimiento de la calidad de víctima proceden los recursos ordinarios (art. 267) (sentencia SP45339 de 2015).
- En la etapa de investigación, la víctima podrá solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías
- En la etapa de imputación, la víctima podrá estar presente en la audiencia de formulación de la imputación.
- En materia de preclusión de la acción penal, la víctima puede allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.
- La víctima puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para formular observaciones al escrito de acusación
- La victima en la audiencia preliminar del juicio de corte marcial puede manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades.
- La víctima puede solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.
- La víctima no puede presentar una teoría del caso.
- En la etapa del juicio oral la víctima podrá ejercer sus derechos a través del fiscal, quien es el facultado para presentar una teoría del caso construida a lo largo de la investigación y realizar el debate probatorio.

2.1.1.4. Control material en la doctrina: "(…) de manera excepcional podría reputarse legítima una intervención judicial para solicitar aclaración, adición o corrección del escrito de acusación en aquellos casos en que el juez se encuentre ante una acusación manifiestamente incoherente, que no suministre fundamentos suficientes para determinar aspectos como la competencia para el juzgamiento, la cuantía del delito, la prescripción o la caducidad de la acción penal; pero a condición que no interfiera en la determinación de los hechos jurídicamente relevantes por los que la Fiscalía formula la acusación"[112].

[112] URBANO, Joaquín. El control de la acusación: una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el estado constitucional de derecho. Editorial: Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013. Pág. 236.

2.1.1.5. El Ministerio de Defensa como víctima: En cumplimiento a lo establecido en el artículo 36 de la ley 190 de 1995, se deberá informar desde el inicio de la investigación al Ministerio de Defensa cuando se trate de delitos contra la administración pública. El incumplimiento de estas obligaciones es causal de mala conducta para el funcionario correspondiente[113].

2.1.1.6. Observaciones y control formal de la acusación: "El control formal es aquel que le corresponde al juez de conocimiento cuando verifica el contenido y ritualidad del escrito y acto de acusación, verificando que el mismo se adecue de manera concreta a los presupuestos normativos incluidos en la normatividad pertinente, parte de la idea según la cual la acusación es un acto de parte y por ello cualquier **intromisión injustificada** de la juez contraria y desnaturaliza el sistema procesal[114]"

"Escrito de acusación que debe contener los siguientes elementos: (…) 1) la individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones; 2) una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible; 3) el nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública; 4) la relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso, y 5) el descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: a) Los hechos que no requieren prueba; b) La trascripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo; c) el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio; d) los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación; e) el señalamiento de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales; f) los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía y g) las declaraciones o deposiciones[115]".

2.1.1.7. Observaciones y control material de la acusación, tres tendencias visibles en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: "(i) la que niega cualquier posibilidad de control material de la acusación y de los acuerdos, (ii) la que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, y (iii) la que acepta un control material

[113] Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 1996.
[114] Bernal y Montealegre. El Proceso Penal Tomo I: Fundamentos Constitucionales y Teoría General. Bogotá D.C. 2013.
[115] Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2005.

restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de violación de garantías fundamentales[116]".

2.1.1.8. La primera tendencia niega cualquier posibilidad de control material: "(…) Permitir que el juez intervenga en la definición del *nomen iuris* de la acusación, sería autorizar que el juez no solo interfiera en el ejercicio de la acción penal que como sujeto soberano ostenta la Fiscalía General de la Nación, lo cual desdibujaría en manera grave la imparcialidad del juez; sino que además equivaldría a señalar que el juez dirige la actividad de la fiscalía porque le marca el derrotero que debe seguir en el juicio; lo cual daría al traste con la principal característica del principio acusatorio propio de la reforma que nuestro país ha querido implementar, como es la diferenciación de funciones entre la fiscalía (función requirente), y el juez (función jurisdiccional), en el proceso penal[117]".

"En la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la fiscalía en su escrito, pues, hacerlo, implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más. Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral[118]".

"(…) Por tanto, si se permite al juez imponer su particular lectura de los hechos -su propia teoría del caso-, mediante la cual obliga al fiscal a imputarle al indiciado un fragmento del acontecer delictual distinto del que el fiscal considera hasta ese momento probado y por el que debe responder, se desestructura la sistemática adversarial, dado que el juez no tiene iniciativa probatoria con la cual pudiera, como en el sistema inquisitivo o incluso mixto, probarla. Pero además, compromete el programa metodológico, y por sobre todo, la iniciativa y responsabilidad de la fiscalía en el quehacer propio de un sistema con tendencia acusatoria, pues desborda sus posibilidades, usurpando el papel del fiscal, funcionario llamado a organizar el trabajo probatorio, argumentativo y a quien constitucionalmente se le ha asignado el ejercicio de la acción penal[119]".

2.1.1.9. La segunda postura, que propende por un control material más amplio de la acusación: "Propende por un control material más o menos amplio de la acusación, implica el reconocimiento especial de la posibilidad de valoración por

[116] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 45594 de 2016.
[117] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 38256/2013; Sentencia 37951/2013, Sentencia segunda instancia 41375/2013.
[118] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 29994/2008.
[119] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 39886/2013.

parte del juez de algunos aspectos fundamentales dentro del esquema procesal, tipicidad, legalidad y debido proceso[120]". "Ese control judicial del allanamiento o del acuerdo no se cumple con la simple revisión formal. No basta con constatar la libertad y voluntad a través del simple interrogatorio al procesado, la labor del juez como garante y protector de los derechos humanos debe ir más allá verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y debido proceso[121]".

2.1.1.10. La tercera postura, que acepta un control material restringido de la acusación: "Esta postura, que es la que acoge actualmente la línea jurisprudencial de la Sala, reconoce, como regla, que el juez no puede hacer control material de la acusación ni de los acuerdos en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, y que solo está autorizado para hacerlo, por vía de excepción, cuando objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales[122]".

"Acepta un control material restringido de la acusación y los acuerdos, se sustenta en una interpretación sistemática de los artículos 350 inciso segundo numeral segundo, 351 inciso cuarto, 443 inciso primero y 448 del estatuto procesal penal, frente a los contenidos y alcances de los fallos de Constitucionalidad 1260 de 2005 y C-059 de 2010, y los principios que rigen el sistema acusatorio[123]". "(…) al juez, bien oficiosamente, bien a solicitud de parte, le es permitido adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando se trata de violaciones a derechos fundamentales[124]". "(…) se debe concluir que por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes[125]".

2.1.1.11. Principios que orientan las nulidades: "Recuérdese que un acto procesal jurisdiccional irregular es ineficaz si reúne las siguientes condiciones: (i).- que la irregularidad se encuentre definida en la ley como causal de nulidad

[120] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 27759/2007.
[121] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 31280/2009.
[122] De esta línea son, entre otros, los pronunciamientos; CSJ, SP13939-2014, 15 de octubre de 2014, casación 42184; y CSJ SP14842- 2015, 28 de octubre de 2015, casación 43436.
[123] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 45594 de 2016.
[124] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 39892 de 2013.
[125] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 40871 de 2014.

(taxatividad); (ii).- que el acto haya afectado garantías fundamentales de las partes o las bases del proceso (trascendencia); (iii).- que no cumplió su finalidad o ésta se obtuvo con indefensión (instrumentalidad de las formas); iv).- que no fue coadyuvado por el interesado en su anulación salvo que se trate de falta de defensa técnica (protección); (v).- que no fue ratificado por el perjudicado (convalidación); y, (v) que no puede ser reparado por otro mecanismo procesal (subsidiariedad)[126].

Principio de Trascendencia: "en virtud del cual la nulidad no puede solicitarse simplemente en defensa de la ley, es indispensable demostrar que la irregularidad sustancial "afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento[127]".

Principio de protección: "conforme al cual no puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la configuración del acto irregular, existe uniformidad de criterios jurisprudenciales y doctrinarios en cuanto a que no resulta viable o posible aceptar que el sujeto procesal quien haya actuado deslealmente o haya generado el acto irregular pueda plantear la invalidez del proceso; no obstante que tal principio no puede aplicarse en ausencia de defensa técnica como sí en ausencia de defensa material, pues no existe discusión sobre la potestad del sindicado de marginarse del proceso, mientras que no sucede lo mismo con la defensa profesional, a la cual no puede renunciar. Por consiguiente, si por descuido o estrategia defensiva deja de acudir al proceso, no dará lugar a una declaración de nulidad[128]".

Principio de instrumentalidad de las formas: "no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, lo cual se traduce en que las formas se han estatuido para satisfacer los fines del proceso y, por ende, si a pesar de algunas irregularidades se cumple con su objeto, no podrá desembocarse en la declaración de invalidez. "La misión de las nulidades no es el aseguramiento por sí de la observancia de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines a ellas confiados por la ley[129]".

[126] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 52901 de 2020.
[127] Corte Constitucional. Sentencia T- 1055 de 2006.
[128] Corte Constitucional. Sentencia T- 003 de 2001.
[129] Corte Constitucional. Sentencia C-118 de 2006.

3. AUDIENCIA VERIFICACIÓN PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALIA Y EL IMPUTADO O ACUSADO

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO

3.1. Problemas inherentes a la audiencia de verificación de preacuerdo entre la fiscalía y el imputado o acusado antes y después de la audiencia de acusación

- ✓ El fiscal penal militar y policial delegado presentará ante el juez penal militar y policial de conocimiento o de conocimiento especializado el preacuerdo como escrito de acusación en caso de que el preacuerdo se surta antes de la audiencia de formulación de acusación (art. 491A).
- ✓ Después de la formulación de acusación, el fiscal y el acusado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el acusado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: 1. Retire de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico; 2. Readecue la tipificación de la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena (art. 492).
- ✓ El juez preguntara a las partes si advierten alguna causal de incompetencia, nulidad, juez natural, recusación o impedimento.
- ✓ Concede la palabra a la Fiscal para que exprese los términos del preacuerdo, desde la esfera del componente fáctico, probatorio y jurídico, allegando los elementos materiales probatorios necesarios.
- ✓ El juez de conocimiento debe verificar que se trata de una decisión irretractable[130], libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual deberá interrogar de manera personal al imputado o procesado (art. 293).
- ✓ El juez debe verificar que la víctima haya sido oída e informada de la celebración del preacuerdo por el fiscal (sentencia C-372/16).
- ✓ El juez da traslado del preacuerdo a la víctima, ministerio público, defensa e imputado o acusado para que se pronuncien frente a la solicitud de la Fiscalía.
- ✓ Prevalecerá lo que decida el acusado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual quedará constancia (art. 496).
- ✓ En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación, el juez velará porque no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado, como de la víctima (sentencia SU-479 de 2019).
- ✓ Los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez penal militar y policial de conocimiento o de conocimiento especializado, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales (art. 493).
- ✓ El juez se pronuncia sobre si aprueba o imprueba el acuerdo (Leer la sentencia SU-479/2019).

[130] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 45495 de 2017

- ✓ Contra la decisión procede el recurso de reposición y en subsidio apelación en efecto suspensivo (art. 339, 340).
- ✓ En firme la decisión aprobatoria del preacuerdo concederá "brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable". (art. 588 inciso 1)
- ✓ Aprobados los preacuerdos por el juez penal militar y policial de conocimiento o de conocimiento especializado, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente (art. 493).

3.1.1. Control del preacuerdo por parte del juez: "(i) la facultad discrecional de los fiscales delegados para preacordar es reglada y se encuentra limitada, y que (ii) los jueces de conocimiento no están obligados a aceptar el preacuerdo sin importar los términos en que fue pactado el mismo; por el contrario, están llamados a constatar que tales límites hayan sido respetados por el ente acusador al momento de negociar. No obstante, es preciso aclarar que el tipo de análisis que le compete realizar a los jueces penales de conocimiento es un control de límites constitucionales y legales de los preacuerdos, no un control pleno e ilimitado que, sin duda, desnaturalizaría esta institución de la justicia negociada y amenazaría la imparcialidad judicial propia del sistema penal acusatorio colombiano[131]".

3.1.2. Modalidades de los preacuerdos:

3.1.2.1. Preacuerdo sin rebaja de pena: Es el preacuerdo en el que se aceptan los cargos imputados, pero sin rebaja de pena alguna por expresa prohibición legal, como ocurre con lo señalado en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, tratándose de conductas dolosas de homicidio o lesiones personales cuando la víctima sea un niño, niña o adolescente.

En estos casos la negociación puede recaer exclusivamente en la dosificación de la pena, esto es, se puede acordar que el juez fije la pena mínima legal[132]. En caso de concurso de delitos (art 32 CPM) se puede pactar un incremento de pena razonable por los otros delitos.

Ejemplo: El Capitán Carlos Felipe Ramírez mediante la modalidad de dolo eventual y en hechos relacionados con el servicio, causa la muerte de la joven Claudia Hernández, de 12 años.

[131] Corte Constitucional. Sentencia SU-479 de 2019.
[132] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 69478 de 2013.

Negociación concreta presentada por las partes:

El Capitán Carlos Felipe Ramírez, de condiciones civiles y militares ya conocidas, se declara responsable del delito de homicidio simple, según circunstancias de tiempo, modo y lugar ya relatadas; por la negociación (modalidad de preacuerdo sin rebaja de pena por expresa prohibición legal) se fija la pena en doscientos ocho (208) meses de prisión.

La ventaja del preacuerdo es que el imputado sabe que le impondrá la pena mínima y no queda supeditado al sistema de cuartos de movilidad que le permitirían al Juez de Conocimiento moverse en el presente caso en el primer cuarto de movilidad, pudiéndole imponer una pena mayor al extremo mínimo que trae la norma.

3.1.2.2. **Preacuerdo simple:** Se caracteriza porque se aceptan los cargos conforme a los términos de la imputación, de su readecuación, de su reformulación o de la acusación, sin modificación alguna; es decir, en las condiciones en que se precisaron en la formulación de la imputación o la acusación, en su caso, pero a diferencia del allanamiento a cargos, en este pacto se pueden adicionar condiciones como:

- Se puede convenir la cantidad de rebaja que habrá de hacerse a la pena a imponer, según la etapa procesal en que esa negociación se presente[133].
- Se puede pactar el cuarto de movilidad en que habrá de moverse el juez[134].
- Fijar la pena en concreto[135].

Ejemplo de negociación simple en un concurso de conductas punibles (Art. 32 CPM) Abandono del puesto y Peculado culposo. (Artículo 105 CPM y 400 CP)

Las sanciones y los cuartos de movilidad, en caso de que el juez imponga la sanción en allanamiento a cargos, será así:

EXTREMOS PUNITIVOS PARA EL DELITO DE ABANDONO DEL PUESTO (ART 105)

[133] Corte Suprema de Justicia. Auto 38146 de 2012.
[134] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 40439 de 2015.
[135] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 44906 de 2014.

Prisión de 12 a 36 meses			
CUARTOS DE MOVILIDAD PARA EL ABANDONO DEL PUESTO			
Cuarto mínimo	**Segundo cuarto**	**Tercer cuarto**	**Cuarto máximo**
12 meses a 18 meses	18 meses 1 día a 24 meses	24 meses 1 día a 30 meses	30 meses 1 día a 36 meses

EXTREMOS PUNITIVOS PARA EL DELITO DE PECULADO CULPOSO (ART 400 CP)			
Prisión de 16 a 54 meses (con los aumentos de la ley 890 de 2004)			
54-16= 38 meses / 4 = 9 meses y 15 días.			
CUARTOS DE MOVILIDAD PARA EL ABANDONO DEL PUESTO			
Cuarto mínimo	**Segundo cuarto**	**Tercer cuarto**	**Cuarto máximo**
Desde 16 meses hasta 25 meses 15 días.	Desde 25 meses 16 días hasta 35 meses.	Desde 35 meses 1 día hasta 44 meses 15 días	Desde 44 meses 16 días hasta 54 meses.

- En la negociación, el fiscal no está obligado a seguir el sistema de cuartos de movilidad (art. 61 parágrafo CPM); y por ende para cada uno de los delitos, en la negociación, se pueden imponer penas entre los extremos mínimo y máximo.

- Se fijan penas en el mínimo legal así:

-Sanción de 16 meses por el delito de peculado culposo. Se negocia antes de la audiencia de acusación y se concede la máxima rebaja para que quede en 8 meses de prisión.

- Sanción de 12 meses por el delito de abandono del puesto. Se negocia antes de la audiencia de acusación y se concede la máxima rebaja para que quede en 6 meses de prisión.

- Concurso de delitos (Art 32 CPM): i) La pena de prisión no podrá exceder de 14 meses. (8 + 6); ii) La pena más grave es la de prisión de 8 meses que será la pena base: iii) Se puede por ejemplo negociar el incremento de pena del 25% del otro delito; iv) Es decir que la sanción sería de 8 meses más 2 meses, para un total de pena de prisión de 10 meses.

3.1.2.3. Preacuerdo con eliminación de causal de agravación punitiva específica: El indiciado o procesado se declara culpable del delito imputado "a cambio" que se elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva (inciso segundo y numeral primero del articulo 491 A del CPM).

Para que la rebaja de pena sea efectiva y real, si existen varias circunstancias de agravación punitiva, por ejemplo del artículo 104 del CP para el delito de homicidio o lesiones personales, se deben eliminar todas para que el delito quede en su modalidad de tipo básico o simple, pues de lo contrario, si se sigue lo literal de la norma y se elimina una sola causal de agravación, entre varias concurrentes, entonces el homicidio seguirá siendo agravado, lo cual no representa beneficio punitivo alguno para el procesado[136].

Cuando se presenten fáctica, jurídica y probatoriamente, circunstancias de mayor punibilidad del canon 58 del CPM (no son circunstancias de agravación), el fiscal en su negociación las puede ponderar e incluso puede optar por aplicar o no, las mismas; por ello se puede pactar que se imponga la pena del delito básico en el primer cuarto de movilidad[137].

Ejemplo de negociación por eliminación de agravante en el delito de abandono del puesto:

ARTÍCULO 105. ABANDONO DEL PUESTO. El que estando de fracción o de servicio abandone el puesto por cualquier tiempo, se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, incurrirá, en prisión de uno (1) a tres (3) años. Si quien realiza la conducta es el comandante, la pena se aumentará de una cuarta parte a la mitad.

De acuerdo con el artículo 60 del CPM "parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables", numeral 4° cuando la pena "se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica".

Abandono del puesto de 1 a 3 años, es decir, de 12 meses a 36 meses. A la pena mínima se la aumenta la proporción menor, esto es, 12/4= 3 meses y a la pena máxima la proporción mayor, es decir, 36/2= 18 meses.

[136] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 41417 de 2013.
[137] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 41570 de 2013.

Con base en ello la sanción para este punible de abandono del puesto quedaría de 15 a 54 meses de prisión.

Por razón de esta modalidad se elimina la causal específica de agravación del abandono del puesto para fijar la pena que corresponde al tipo básico, el cual tiene los siguientes extremos punitivos:

EXTREMOS PUNITIVOS PARA EL DELITO DE ABANDONO DEL PUESTO (ART 105)			
Prisión de 12 a 36 meses			
CUARTOS DE MOVILIDAD PARA EL ABANDONO DEL PUESTO			
Cuarto mínimo	**Segundo cuarto**	**Tercer cuarto**	**Cuarto máximo**
12 meses a 18 meses	18 meses 1 día a 24 meses	24 meses 1 día a 30 meses	30 meses 1 día a 36 meses

Si la sanción la impone el juez deberá hacerla en el cuarto máximo si hay causales de mayor punibilidad o en los extremos medios si hay de mayor o menor punibilidad (Arts 56 y 58 CPM).

En la negociación, el fiscal no está obligado a seguir el sistema de cuartos de movilidad (art. 61 parágrafo CPM); y por ende aun mediando causales de mayor punibilidad las partes pueden pactar como pena cualquier guarismo entre los extremos mínimo de 12 meses y máximo de 18 meses de prisión.
Para el ejemplo, las partes fijan como pena la de 12 meses de prisión.

Negociación concreta presentada al juez de conocimiento:

El señor YY de condiciones militares (o policiales) y naturales ya conocidas se declara responsable del delito tipo de Abandono del puesto agravado, según circunstancias de tiempo, modo y lugar ya relatadas, por razón de la negociación (por eliminación de circunstancia especifica de agravación), se le impondrá la pena privativa de la libertad de prisión de doce (12) meses.

Parte resolutiva de la sentencia de condena:

EL JUZGADO XX PENAL MILITAR DE CONOCIMIENTO, administrando Justicia en nombre de la Republica y autoridad de la ley, i) DECLARA PENALMENTE RESPONSABLE al señor YY, de condiciones naturales, civiles y militares (o

policiales) ya conocidas, por la comisión del delito de abandono del puesto agravado, según circunstancias de tiempo, modo y lugar ya relatadas; ii) se impone como pena al señor YY, por razón de la negociación, la privativa de la libertad de prisión de doce (12) meses y la accesoria ; iii) al señor YY se le niega la condena de ejecución condicional de la pena por las razones expuestas; (iv) se enviará copia de la sentencia a las autoridades correspondientes; (v) se advierte que contra esta sentencia procede el recurso de apelación.

3.1.2.4. Preacuerdo con eliminación de un cargo específico: Se presenta cuando el indiciado o procesado se declara "culpable del delito imputado a cambio de que se elimine "algún cargo específico" (inciso segundo y numeral primero del articulo 491 A del CPM).

Es condición para esta negociación que se trate de un concurso de delitos.

El procesado se declara responsable de los delitos realmente cometidos, pero recibirá la sanción correspondiente al otro u otros delitos no eliminados.

Por los otros delitos no eliminados se aplican las reglas del concurso donde se podrá pactar la cantidad de pena que se incrementa por los otros delitos sobre la pena más grave individualmente considerada; sin que se pueda pactar la no aplicación del artículo 32 del CPM, para los otros delitos no eliminados ni cuál será la "pena más grave" pues este factor lo determina la ley. En este preacuerdo entre varios cargos imputados, se elimina uno de ellos; no se pueden eliminar varios de ellos, solo se puede eliminar uno de los delitos imputados y realmente cometido.

Ejemplo de Abandono del puesto y Peculado culposo. (Artículo 105 CPM y 400 CP)

Por razón de esta modalidad se elimina el cargo de peculado culposo y se mantiene el abandono del puesto.

EXTREMOS PUNITIVOS PARA EL DELITO DE ABANDONO DEL PUESTO (ART 105)			
Prisión de 12 a 36 meses			
CUARTOS DE MOVILIDAD PARA EL ABANDONO DEL PUESTO			
Cuarto mínimo	**Segundo cuarto**	**Tercer cuarto**	**Cuarto máximo**
12 meses a 18 meses	18 meses 1 día a 24 meses	24 meses 1 día a 30 meses	30 meses 1 día a 36 meses

- Si la sanción la impone el juez deberá hacerla en el cuarto máximo si hay causales de mayor punibilidad o en los extremos medios si hay de mayor o menor punibilidad (Arts 56 y 58 CPM).
- En la negociación, el fiscal no está obligado a seguir el sistema de cuartos de movilidad (art. 61 parágrafo CPM) y por ende las partes pueden pactar como pena cualquier guarismo entre los extremos mínimo de 12 meses y máximo de 18 meses de prisión.
- Para el ejemplo, las partes fijan como pena la de 12 meses de prisión.

Negociación concreta presentada al juez de conocimiento:

El señor YY de condiciones militares (o policiales) y naturales ya conocidas se declara responsable del concurso de delitos (Art 32 CPM) de Abandono del puesto (Art 105 CPM) y peculado culposo (Art 400 CP), según circunstancias de tiempo, modo y lugar ya relatadas; por razón de la negociación (modalidad de eliminación de un cargo), se impone sanción privativa de la libertad de doce (12) meses.

Parte resolutiva de la sentencia de condena:

EL JUZGADO XX PENAL MILITAR DE CONOCIMIENTO, administrando Justicia en nombre de la Republica y autoridad de la ley, i) DECLARA PENALMENTE RESPONSABLE al señor YY, de condiciones naturales, civiles y militares (o policiales) ya conocidas, por la comisión del concurso de delitos (Art 32 CPM) de Abandono del puesto (Art 105 CPM) y peculado culposo (Art 400 CP); según circunstancias de tiempo, modo y lugar ya relatadas; ii) se impone como pena al señor YY, por razón de la negociación, la privativa de la libertad de prisión de doce (12) meses y la accesoria ; iii) al señor YY se le niega la condena de ejecución condicional de la pena por las razones expuestas; (iv) se enviará copia de la sentencia a las autoridades correspondientes; (v) se advierte que contra esta sentencia procede el recurso de apelación.

3.1.2.5. Preacuerdo con degradación de la conducta: Es el que surge cuando implicado se declara culpable “del delito imputado, o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que el fiscal penal militar y policial delegado (…) 2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”. (art 491 A).

La circunstancia que facilita la degradación punitiva equivale a una parte de la sanción por una circunstancia personal, fáctica, modal, de tiempo, lugar o cantidad, grado de participación o forma de culpabilidad que inciden en la pena.

Ejemplos:

- Al autor que ejecuta conducta dolosa se le fija la prisión y las penas accesorias conforme a la modalidad culposa, cuando la naturaleza del delito lo admite.
- También el preacuerdo puede comprender el reconocimiento de algunas figuras jurídicas de la parte general del Código Penal que degradan la responsabilidad y la pena (degradación de la conducta típica), como, por ejemplo: De delito consumado a tentativa (art 28), de autor a cómplice[138].
- Reconocimiento de un exceso en los límites propios de las causales de ausencia de responsabilidad (Art 33 causales 3,4,5,6 y 7)[139].
- Errores vencibles de tipo (para punible culposo) y de prohibición o de licitud (la pena se rebaja en la mitad. Articulo 33 numerales 10 y 11)[140].
- Error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad (art 33 numeral 12)[141].
- Ira e intenso dolor (art 57)[142].

Ejemplo de Negociación por degradación de autor a cómplice:

El SLP. Carlos Buitrago es autor del punible de Hurto de armas y bienes de defensa (art 154 A).

Los extremos punitivos en calidad de autor son: De 7 a 15 años de prisión, (De 84 a 180 meses).

Complicidad. Art 31. "Quien contribuya a la realización de la conducta antijuridica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad".

La rebaja máxima se aplica al extremo mínimo, es decir, la mitad para los 84 meses y la sexta parte para los 180 meses.

Los nuevos extremos punitivos serán así: Pena de prisión de 42 a 150 meses de prisión.

[138] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 48293 de 2017.
[139] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 34829 de 2011.
[140] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 34829 de 2011.
[141] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 34829 de 2006.
[142] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 13939 de 2014.

- En la negociación el Fiscal no está obligado a seguir el sistema de cuartos de movilidad, es decir, que puede imponer como pena cualquier guarismo entre los extremos de 84 a 180 meses de prisión.
- Se impone la sanción de 42 meses de prisión con las accesorias correspondientes
- Para efectos indemnizatorios se ha de considerar que el implicado es realmente autor.

Preacuerdo o negociación presentada al juez de conocimiento:

El SLP. Carlos Buitrago, de condiciones civiles y naturales ya conocidas, se declara responsable del delito de Hurto de armas y bienes de defensa, en calidad de autor, según circunstancias de tiempo, modo y lugar ya conocidas, para lo cual se le impondrá, por razón de la negociación (degradación por virtud del artículo 31 inciso 2 CPM), la pena privativa de la libertad de prisión de cuarenta y dos (42) meses con las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual termino.

La parte resolutiva de la sentencia quedaría así:

El Juzgado 2 de Conocimiento Especializado, administrando Justicia y por autoridad de la ley a) DECLARA PENALMENTE RESPONSABLE al señor SLP. Carlos Buitrago, de condiciones civiles y naturales ya conocidas, por la comisión del delito de "HURTO DE ARMAS Y BIENES DE DEFENSA", según circunstancias de tiempo, modo y lugar ya relatadas; b) Se impone como pena al SLP. Carlos Buitrago, por razón de la negociación, la privativa de la libertad de prisión de cuarenta y dos (42) meses con las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual termino; c) Al SLP. Carlos Buitrago se le niega la condena de ejecución condicional de la pena por las razones expuestas; d) Se enviará copia de la sentencia de condena a las autoridades correspondiente y e) se advierte que contra esta sentencia procede el recurso de apelación.

3.1.2.6. Preacuerdo con readecuación típica o aceptación de un delito "relacionado de pena menor": Es un preacuerdo en el que el indiciado o procesado se declara culpable de un delito relacionado con el realmente imputado pero que tiene una pena menor, donde la nueva calificación jurídica más benigna del hecho será la única compensación por la aceptación de cargos[143]. La nueva tipicidad no puede alterar el núcleo factico básico del tipo penal, por ejemplo, variar de una

[143] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 38146 de 2012.

imputación de homicidio a una de hurto, es decir, que la nueva imputación debe estar relacionada con el supuesto factico esencial de la conducta y que tenga prevista una pena menor.

Ejemplo de Tentativa de homicidio que recibe la pena de lesiones personales

Extremos punitivos del delito de homicidio simple (Art 103 CP): Prisión de 208 meses hasta 450 meses

Articulo 28 CPM Tentativa: Los extremos punitivos quedarían de 104 meses a 337.5 meses de prisión.

Negociación por readecuación típica al delito de lesiones personales:

Se podría pactar la pena que corresponde al delito de lesiones personales por ejemplo del inciso 2° del artículo 115 del Código Penal, esto es lesiones personales con perturbación psíquica de carácter permanente.

La nueva sanción es de 48 meses hasta 162 meses de prisión.

En la negociación el Fiscal no está obligado a seguir el sistema de cuartos de movilidad, es decir, se puede imponer como pena cualquier guarismo entre los extremos de 48 a 162 meses de prisión.

Se pacta para el ejemplo la sanción de 60 meses de prisión con las accesorias correspondientes. Para efectos indemnizatorios se ha de considerar que el delito es de tentativa de homicidio.

Negociación o preacuerdo presentado al juez de conocimiento:

El PT. Pedro Hernández , de condiciones civiles y naturales ya conocidas, se declara responsable del delito de HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA, según circunstancias de tiempo, modo y lugar ya conocidas, para lo cual se le impondrá, por razón de la negociación (readecuación típica a lesiones personales), la pena privativa de la libertad de prisión de sesenta (60) meses con las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual termino.

La parte resolutiva de la sentencia quedaría así:

El Juzgado 2 de Conocimiento Especializado, administrando Justicia y por autoridad de la ley a) DECLARA PENALMENTE RESPONSABLE al señor PT. Pedro Hernández, de condiciones civiles y naturales ya conocidas, por la comisión del delito de HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA, según circunstancias de tiempo, modo y lugar ya relatadas; b) Se impone como pena al PT. Pedro

Hernández, por razón de la negociación, la privativa de la libertad de prisión de cuarenta y dos (42) meses con las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual termino; c) Al SLP. Carlos Buitrago se le niega la condena de ejecución condicional de la pena por las razones expuestas; d) Se enviará copia de la sentencia de condena a las autoridades correspondiente y e) se advierte que contra esta sentencia procede el recurso de apelación.

3.1.3. Prohibición de doble beneficio o doble rebaja: Ley 1407 de 2010. Artículo 493. (..) Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.

Ejemplo: Un miembro de la fuerza pública es imputado como autor del punible de peculado por apropiación y se le reconoce dentro de la negociación la complicidad con la rebaja que ello concita; no podría, por ende, aplicársele también la rebaja de pena por el reintegro parcial del artículo 401 de la Ley 599 de 2000, Código Penal, pues ello generaría un doble beneficio prohibido por la ley.

- Se acuerda la eliminación de un delito o cargo, lo que será el único beneficio que reciba el procesado, sin que sea por ende procedente disminuir la pena en una proporción determinada por la aceptación del cargo no eliminado, pues de hacerse se trataría de un doble beneficio, prohibido por ley. "Por otra parte, no cabe duda de que el preacuerdo, en sus tres diferentes versiones, pacta con el procesado un doble beneficio prohibido por la ley. La materialidad de esta circunstancia fue de sobra acreditada por el Tribunal, cuando advirtió que al procesado por peculado Rojas Peraza se le benefició con la exclusión del delito de falsedad, lo que naturalmente redundaría en una pena privativa de la libertad más favorable, y, adicionalmente, se convino la reducción del 40% de la pena a imponer[144]".
- Un acuerdo será ilegal cuando se modifica la adecuación típica formulada en la audiencia de imputación, eliminando una causal especifica de agravación y adicionalmente se reconoce una rebaja de pena por allanamiento a cargos[145].
- No constituye doble beneficio o doble rebaja compensatoria por el acuerdo cuando el fiscal al fijar la pena o hacerlo dentro del primer cuarto de movilidad, según la negociación, no sigue las causales o circunstancias del artículo 58 del

[144] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 46688 de 2015.
[145] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 40871 de 2014.

CP y CPM, pues dichas circunstancias no agravan la pena y no modifican los ámbitos de punibilidad[146].

- Las partes pueden acordar la suspensión condicional de la pena, lo cual no constituye una rebaja o beneficio para efectos de esta prohibición [147].
- Se puede negociar la concesión de subrogados siempre y cuando se cumpla el requisito objetivo, para el caso de la Justicia Penal Militar no se podría preacordar el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena en los delitos que atenten contra el servicio, la disciplina, el honor, la administración pública; toda vez que el subjetivo es competencia de los negociadores y "vinculante para el juez de conocimiento a no ser que los términos en que se acuerde el sustituto sea violatorio de derechos fundamentales[148]".
- También se puede negociar por ser "consecuencia" del hecho imputado, el plazo y pago de la multa.
- No podrá ser objeto de negociación la libertad condicional pues esta se da cuando el condenado ha cumplido parte de la sanción de prisión.

Ejemplos de doble beneficio prohibidos por la ley que por ende no podrán ser aprobados por el Juez de Conocimiento:

- Se pacta degradación de la conducta y simultáneamente se concede rebaja propia del allanamiento a cargos.
- Se elimina una circunstancia especifica de agravación con incidencia en la pena y así mismo se concede rebaja por aceptación de cargos.
- Cuando se elimina una circunstancia especifica de agravación o se elimina un cargo y a su vez se degrada la conducta a complicidad, hay un doble beneficio para el procesado[149].

3.1.4. Generalidades de los preacuerdos: De conformidad con la sentencia C-516 de 2007, previamente a cualquier trámite de negociación, el fiscal deberá citar a la víctima y enterarla que se está adelantado un preacuerdo con el imputado[150]. "La razón de obligar convocar a la víctima, conforme el sustento de la providencia en cita, radica en facultar que la Fiscalía conozca su criterio y necesidades para que ello pueda ser plasmado en el preacuerdo y así se concilien adecuadamente las

[146] Corte Suprema de Justicia. Auto 41570 de 2013.
[147] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 79041 de 2015.
[148] Corte Suprema de Justicia. Auto 37209 de 2011.
[149] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 48128 de 2017.
[150] Corte Constitucional Sentencia SU479/2019. (Derechos de las victimas frente a los preacuerdos y negociaciones)

posiciones antagónicas en pugna, independientemente de que el afectado carezca de poder de veto frente a lo finalmente pactado"[151].También debe citarse a la víctima cuando se lleve el preacuerdo a estudio, análisis y aprobación por el juez de conocimiento y podrá promover los recursos correspondientes[152]. Si está inconforme con la reparación negociada, o nada se pactó en el acuerdo, puede acudir al incidente de reparación integral de perjuicios, impugnar la aprobación o acudir a la jurisdicción civil.

3.1.5. Actuación del Ministerio Público en preacuerdos en negociaciones: "En materia de preacuerdos, acuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el indiciado, imputado o acusado, es claro que la legislación procesal no le permite al Ministerio Público oponerse a ellos, pero sí, habiendo sido convocado a esos actos de justicia consensuada, dejar constancia sobre su postura en relación con los temas que justifican su participación y que advierta afectados por las estipulaciones de las partes, lo cual, eventualmente, le podría permitir acreditar el interés para recurrir los pronunciamientos judiciales en torno a ellos[153]".

3.1.6. Actuación del juez de conocimiento frente a los acuerdos: El juez no puede perder de vista la prevalencia del derecho material y las garantías fundamentales del imputado, lo que lo obliga a realizar un control de legalidad constatando si lo pactado no desconoce garantías fundamentales, o si los términos del preacuerdo si son susceptibles de consenso, es decir, que debe verificar:

- Si existe alguna prohibición constitucional o legal que impida celebrar el acuerdo suscrito entre la fiscalía y el procesado.
- Si el acuerdo adolece de indeterminación o no se dice nada respecto de otros delitos eventualmente cometidos[154]. Que no haya un doble beneficio[155].
- En estos casos le corresponde al juez de conocimiento advertir expresamente a las partes sobre estas prohibiciones o limitaciones de rebaja de pena en la negociación e improbar el acuerdo.
- Conforme a ello el juez puede abstenerse de conocer del acuerdo cuando alguna de las partes (fiscal o procesado) se retracta antes de su verificación[156].

[151] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 42184 de 2014.
[152] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 79041 de 2015.
[153] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 39892 de 2013.
[154] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 38146 de 2012.
[155] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 52227 de 2020.
[156] Corte Suprema de Justicia. Auto 54331 de 2021.

- Aprobarlo o improbarlo cuando desconoce las prohibiciones o limitaciones, cuando no se verifique un mínimo de estándar probatorio para predicar que el imputado o acusado es autor o participe de la conducta.
- Las razones para la improbación del acuerdo no pueden ser de orden subjetivo o de la opinión del juez de conocimiento, debe contener la forma en que se desconocieron o quebrantaron garantías fundamentales desde lo fáctico y lo jurídico, esto para permitir la contradicción de dicha decisión a través de los recursos respectivos. "(…) las garantías fundamentales a las cuales se refiere la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos"[157].
- El funcionario de conocimiento tiene la posibilidad de interrogar a las partes "con el fin de aclarar aspectos relacionados con la adecuación típica de los hechos, o con cualquier otra circunstancia pertinente al trámite del preacuerdo, siempre y cuando su actuación no exceda de tal propósito"[158]. Aclaración que no significa interferir en la calificación jurídica que haga la fiscalía[159].
- Los preacuerdos vinculan al juez cuando no se vulneren garantías fundamentales[160].
- La Fiscalía no puede violentar la presunción de inocencia, razón por la que debe contar con un mínimo suasorio que permita inferir la materialidad del hecho como conducta punible y la participación en el mismo de la persona[161].
- Las facultades de la Fiscalía no son ilimitadas sino sujetas al principio de discrecionalidad reglada, razón por la cual no son admisibles las rebajas desproporcionadas[162].
- Sin importar "la índole de lo acordado o los beneficios entregados al imputado o acusado, el pacto representa algún tipo de afectación en lo que atiende a los derechos de verdad, justicia y reparación de la víctima. Pero, precisamente la tensión entre esos derechos y los postulados y finalidades esenciales del sistema, la solucionó el legislador dando prevalencia al criterio del Fiscal y estableciendo respecto de lo pactado unos límites específicos que, de cumplirse, obligan avalar la negociación con el consecuente fallo de condena. Pero,

[157] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 74450 de 2014.
[158] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 43356 de 2016.
[159] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 54691 de 2021.
[160] Corte Suprema de Justicia Sentencia 54.691 de 2021 (En relación con los deberes del juez de conocimiento frente a la verificación del preacuerdo) y SU-479-2019 (Corte Constitucional).
[161] Corte Suprema de Justicia SP 13939-2014, RAD. 42.184; CSJ STP 4698-2016, rad. 85.074 del 2016.
[162] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 59232 de 2021.

precisamente la tensión entre esos derechos y los postulados y finalidades esenciales del sistema, la solucionó el legislador dando prevalencia al criterio del Fiscal y estableciendo respecto de lo pactado unos límites específicos que, de cumplirse, obligan avalar la negociación con el consecuente fallo de condena.
De ninguna manera, es imperativo destacarlo, la evaluación de aprobación o improbación del preacuerdo puede pasar por auscultar que todas las partes e intervinientes se sientan satisfechos con el mismo, ni a partir de verificaciones eminentemente subjetivas acerca del valor justicia y su materialización en el caso concreto, pues, sobra referir, precisamente la razón de ser del preacuerdo estriba en las renuncias mutuas de quienes lo signan e indispensablemente ello representa sacrificios más o menos tolerables del valor justicia, pero también de los principios de contradicción, doble instancia y el derecho de defensa, conforme lo establecido en el literal k) del artículo 8° de la Ley 906 de 2004"[163].

- "(…) la actividad del funcionario en el ejercicio del control judicial dentro del trámite de las negociaciones adelantadas entre la Fiscalía y el acusado se limita: (..) a aprobar el escrito de preacuerdo, caso en el cual los términos consignados en el mismo obligarán al juez en la imposición de la condena, o bien a rechazarlo por vulneración de derechos fundamentales (…) el principio acusatorio implica una rígida separación entre el juez y las partes, de manera que, si el funcionario advierte un error en la calificación jurídica de la conducta, lo que tendrá que hacer de manera inmediata en la audiencia de control será rechazar el respectivo acuerdo. (…) por el contrario, de intervenir en audiencia antes de pronunciarse acerca de la legalidad del preacuerdo, con el ánimo de que las partes modifiquen los términos de la negociación, y, de esta manera, ajustar la adecuación típica de la conducta a los hechos materia de imputación vulneraria ostensiblemente la imparcialidad, estaría desconociendo el presupuesto primordial del principio acusatorio, según el cual en el proceso penal nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo"[164]. En primer lugar, porque desconocería el principio de presunción de inocencia del procesado, en segundo lugar, porque la negociación es un acto voluntario de las partes (fiscalía y procesado asesorado por su abogado defensor) y no un acto impuesto o sugerido por el juez[165].

[163] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 42184 de 2014.

[164] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 29979 de 2008.

[165] Corte Suprema de Justicia STP, 24 septiembre 2013, rad. 69.478; STP, 13 noviembre 2013, rad. 70.392; STP 4 diciembre 2013, rad. 70.712; STP, 27 febrero 2014, rad. 72.092, STP 17226, 16 diciembre 2014, rad. 76.549, STP 934, 2 de febrero 2015, rad. 77.673, STP 4470, 16 abril 2015, rad. 79.041, STP 3998 de 2016, rad. 84.886; STP 4698-2016, rad. 85.074 de 2016. En estas decisiones se consideró vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, al constatarse la injerencia indebida del juez en las funciones propias del fiscal.

3.1.7. Otras características del preacuerdo: Antes de la aprobación o legalización del preacuerdo por el Juez de Conocimiento el imputado se puede retractar sin necesidad de explicar sus razones[166]; también puede hacerlo el fiscal del caso[167].

- Una vez aprobada judicialmente es irretractable[168].
- Quien sea condenado en los términos del acuerdo al que llego con la fiscalía, carece de interés para recurrir esa sentencia[169].
- No es necesaria la presencia del imputado en la diligencia de verificación de legalidad y contenido del preacuerdo ante el Juez de Conocimiento[170].
- No hay límite en el número de veces que se puede intentar la negociación[171].
- Cuando se impruebe judicialmente al preacuerdo, se puede presentar nuevamente otro haciendo las correcciones que correspondan según el contenido de la decisión judicial respectiva[172].
- La Fiscalía puede seguir investigando o allegando elementos suasorios una vez celebrado el acuerdo y hasta tanto el mismo no sea aprobado por el Juez de Conocimiento[173].
- "El preacuerdo no tiene por qué significar camisa de fuerza para la labor investigativa de la Fiscalía, al extremo de sostener, que una vez suscrito cesa la posibilidad de allegar elementos suasorios"[174].

[166] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 35860 de 2011.
[167] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 38500 de 2012.
[168] Corte Suprema de Justicia. Auto 1602 de 2021.
[169] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 40439 de 2015.
[170] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 38500 de 2012.
[171] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 54535 de 2022.
[172] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 54535 de 2022.
[173] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 38500 de 2012.
[174] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 38500 de 2012.

4. AUDIENCIAS POR DESARROLLAR ANTE EL JUEZ PENAL MILITAR Y POLICIAL DE CONOCIMIENTO Y CONOCIMIENTO ESPECIALIZADO

ETAPA DE JUICIO

Metodología de las audiencias (Art. 305)

El Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento o de Conocimiento Especializado verifica la presencia de las partes e intervinientes, según la naturaleza de la audiencia y las disposiciones normativas y jurisprudenciales que justifican y permiten su participación.
Señala que las intervenciones se deben concretar al desarrollo de los problemas inherentes a la audiencia (Art. 301 -1).
Limita el tiempo en las intervenciones (Ley 1564 de 2012 art. 107-3).
Señala que las partes deberán obrar sin temeridad en sus pretensiones o en el ejercicio de los derechos procesales, evitando los planteamientos y maniobras dilatorias, inconducentes, impertinentes o superfluas (art. 302-2).
Les indica que deberán abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus intervenciones (art. 302-3).
Les señala que deberán guardar silencio durante el trámite de las audiencias, excepto cuando le corresponda intervenir (art. 302-8).

TIPS ACUSATORIO: La Audiencia Preliminar del Juicio de Corte marcial constituye una novedad en la realidad judicial colombiana, por ello, su desarrollo, contenido, y aspectos relacionados con los problemas inherentes no están analizados en la jurisprudencia, por lo anterior, es importante comenzar desde ya a estudiar los aspectos propuestos, que se derivan de los artículos respectivos de la Ley 1407 de 2010 (483A).

Se debe analizar el alcance de las observaciones al descubrimiento y el debate de admisibilidad y excusión, el cual, salvo mejor criterio jurídico, deberá centrarse únicamente respecto de lo que ya se descubrió por parte de la fiscalía, la víctima, o incluso la defensa, si fue su deseo hacerlo en la acusación, lo anterior, con el fin de establecer si dicho descubrimiento ha sido integral (completo 487), y si existe alguna observación respecto a su admisibilidad o exclusión hasta ese momento advertida.

Lo anterior, por cuanto se pueden presentar solicitudes respecto de pruebas ilegales o ilícitas (exclusión), o impertinentes (inadmisión), situación que no da espera por su trascendencia en punto de derechos fundamentales a la audiencia preparatoria, escenario natural de dicho debate. Esto permitirá evitar que se presente duplicidad de actuaciones, o se toquen temas que corresponden a otros estadios procesales, en virtud del cumplimiento del principio de progresividad.

4.1. Problemas inherentes a la audiencia preliminar del juicio de corte marcial (art. 483A)

- ✓ Recibida la actuación el Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento o de Conocimiento Especializado señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar al juicio de Corte Marcial (art. 483A).
- ✓ La fiscalía, la defensa, el ministerio público y la víctima presentan las solicitudes de impedimentos (art. 231 al 242, 483A, art. 484).
- ✓ La fiscalía, la defensa, el ministerio público y la víctima presentan las solicitudes de recusaciones (art. 231 al 242, 483A, art. 484).
- ✓ La fiscalía, la defensa, el ministerio público y la víctima presentan las solicitudes de impugnación de competencia, (lo cual no puede confundirse con temas de conflicto de jurisdicción porque es diferente) (art. 483A, art. 484).
- ✓ Si se presentan solicitudes de impedimentos, recusaciones e impugnación de competencia, el juez de la audiencia debe dar trámite al Tribunal Superior Militar y Policial para que decida de plano lo pertinente dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de lo actuado (art. 484).
- ✓ La fiscalía, la defensa, el ministerio público y la víctima presentan las solicitudes de medidas de protección cuando se considere necesario para la protección integral de las víctimas o testigos, ante lo cual el juez puede: 1. Que se fije como domicilio para los efectos de las citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía, quien las hará llegar reservadamente al destinatario. 2. Que se adopten las medidas necesarias tendientes a ofrecer eficaz protección a víctimas y testigos para conjurar posibles reacciones contra ellos o su familia, originadas en el cumplimiento de su deber testifical (art. 483A, 485).
- ✓ La fiscalía, la defensa, el ministerio público y la víctima presentan las observaciones respecto de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, su admisibilidad o exclusión (art. 483A).
- ✓ Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento o de Conocimiento Especializado toma la decisión que corresponda (art. 176, 300, 301).
- ✓ Contra la decisión procede el recurso de reposición y en subsidio apelación en efecto suspensivo (art. 339, 340).
- ✓ El juez fijará fecha y hora para la audiencia preparatoria. A partir de este momento se entenderá iniciada la etapa de juicio, cual deberá realizarse en un término no inferior a quince (15) días ni superior a treinta (30) días siguientes a su señalamiento (art. 483A, 486).

4.1.1. Descubrimiento probatorio características: "En cuanto a la etapa de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física pueden darse las siguientes variantes:

a) Con la presentación del escrito de acusación que hace el fiscal ante el juez competente, dicho instrumento, de acuerdo con lo reglado por el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, deberá contener, entre otros presupuestos, "El descubrimiento de las pruebas", que consiste que con el citado escrito se presenta otro anexo en el que constarán los hechos que no requieren prueba; la trascripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir en el juicio y que no se pueden recaudar en el juicio oral, el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio, etc.

Copia del anterior escrito el fiscal lo entregará al acusado y a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas.

b) Dentro de la audiencia de formulación de acusación, así mismo la defensa cuenta con la posibilidad legal de solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía "o quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento…". (Artículo 344).

c) De la misma manera, en la etapa de formulación de acusación la fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa la entrega de "copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio". (Artículo 344) d) Cuando la defensa pretenda hacer uso de la inimputabilidad "en cualquiera de sus variantes" deberá entregar a la fiscalía los exámenes periciales que le hubieren practicado al acusado". (Artículo 344).

e) Ocasionalmente en el juicio oral las partes podrán descubrir los elementos materiales probatorios y evidencia física significativa que deban ser descubiertas, cuando el juez así lo decida una vez oídas las partes y considerado "el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio". (Artículo 344)[175]".

"Finalmente, la etapa de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física fenece en la audiencia preparatoria, puesto que de acuerdo con lo consagrado por el artículo 356 de la citada Ley 906 de 2004, el juez de conocimiento dispondrá: "Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física" y "Que la fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia de juicio oral y público" (artículo 356). También en este momento procesal y a solicitud de las partes "los elementos materiales

[175] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 26128 de 2007.

probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados[176]".

"(…) no sobra recalcar que la ley prevé sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento. En efecto, el artículo 346 dice: "Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada[177]".

4.1.2. La impugnación de competencia en esta audiencia es funcional no jurisdiccional: "La Corte ha afirmado que un conflicto de competencias entre jurisdicciones es distinto a la controversia que se suscita dentro de la misma jurisdicción acerca de cuál es el juez competente. Así, el trámite que se surte en el marco del proceso penal regido por la Ley 906 de 2004, ante la impugnación de competencia, en el que subyace una disputa dentro de la misma jurisdicción sobre el juez competente (art. 341 de la Ley 906 de 2004), no es aplicable a un conflicto de jurisdicciones. Lo anterior, encuentra su fundamento en tres razones: (i) la "definición de competencia" tiene por objeto definir la controversia sobre el juez competente al interior de la jurisdicción penal ordinaria, mientras los conflictos entre jurisdicciones suponen la existencia de una controversia entre dos autoridades judiciales de distinto origen jurisdiccional; (ii) el trámite de definición de competencia, al que se refiere la disposición citada, puede ser provocado con la "simple impugnación de parte" , en cambio el conflicto de jurisdicciones exige la manifestación expresa de 19 las autoridades judiciales en disputa reclamando o negando la competencia. Ello, en tanto el juez encargado de resolver dicho conflicto debe analizar factores especiales que determinarían el juez natural del caso, motivo por el cual es fundamental conocer los argumentos de las autoridades en controversia frente a este punto. (iii) La definición de competencia la resuelve el superior jerárquico del juez ante quien se impugnó la competencia, no una "autoridad judicial externa", como es propio de los conflictos entre jurisdicciones[178]".

[176] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 36788 de 2011.
[177] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 26128 de 2007.
[178] Corte Constitucional. Auto 453 de 2021.

4.2. Problemas inherentes a la audiencia preparatoria a la corte marcial (art. 497 al 506).

- ✓ La fiscalía, la defensa, el ministerio público y la víctima presentan sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios (art. 487 - 498).
- ✓ La defensa descubre sus elementos materiales probatorios y evidencia física (art. 498).
- ✓ La Fiscalía y la defensa enuncian la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público (art. 498).
- ✓ Las Fiscalía y la defensa manifiestan si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso, decretará un receso por el término de (1) una hora, al cabo del cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto (art. 498).
- ✓ El juez pregunta al acusado si acepta o no los cargos formulados (sentencia C-645 de 2012 y artículo 57 de la Ley 1453 de 2011).
- ✓ El juez penal militar dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión (art. 499).
- ✓ La fiscalía, la defensa, el ministerio público y la víctima presentan sus oposiciones respecto de las solicitudes probatorias: **Excluye:** Por ilicitud o ilegalidad de la prueba. **Inadmite**: Porque no es pertinente conducente o útil. **Rechaza**: Por descubrimiento extemporáneo. (art 501).
- ✓ El juez decretará la práctica de pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo, con las reglas de pertinencia y admisibilidad (art. 499).
- ✓ Contra la decisión procede el recurso de reposición y en subsidio apelación en efecto suspensivo (art. 339, 340).

Ante la negativa de ordenar la práctica de una prueba procede el recurso de apelación (art. 501), la admisión permite el recurso de reposición, salvo cuando se admite una prueba respecto de la cual se hicieron observaciones en punto de ilicitud o ilegalidad en cuyo caso procede la apelación[179].

4.2.1. Facultad legal atribuida al juez penal militar para decretar pruebas de oficio:

"(…) La Corte Constitucional realizó un examen de la constitucionalidad de la facultad otorgada al juez penal militar, de decretar la práctica de pruebas de oficio, a la luz del principio de imparcialidad y la garantía de igualdad de armas. Esta Corte

[179]Corte Suprema de Justicia. Sentencia 47469 de 2016.

concluyó que esta prerrogativa otorgada legalmente al juez no afecta su imparcialidad, en su componente institucional y procesal, ya que no lo pone en situación de prejuzgar el asunto, ni lo involucra en la etapa de investigación y acusación. Se concluyó que no existe vulneración de la igualdad de armas, garantía del debido proceso, porque la labor probatoria del juez no le otorga un poder especial a una de las partes, o no le concede un trato distinto, ya que no va dirigida a favorecer a una de las partes, fiscal penal militar o defensa, sino a garantizar la verdad y justicia del proceso y de su decisión. En este sentido, esta facultad contribuye a generar confianza en la justicia penal militar[180]".

4.2.2. Papel del Juez frente a las solicitudes probatorias:

"Frente a las solicitudes probatorias el juez de conocimiento lo primero que debe evaluar es si el medio cognoscitivo resulta pertinente en relación con el *thema probandi*, con el problema de investigación, o, si se quiere, con las hipótesis de las partes, vale decir, la relación ontológica del hecho materia de prueba con la norma penal que la fiscalía invoca como violada por el acusado. En segundo lugar si es admisible, en el entendido de que todo lo pertinente puede no ser admisible; debiendo además verificar si aquello que se solicita fue debidamente descubierto, y si el proceso de su búsqueda, consecución y aseguramiento fue legal[181]".

4.2.3. Prueba común testimonial:

"Si la defensa solicita la práctica de uno o varios testimonios utilizados por la Fiscalía para sustentar su teoría del caso, debe explicar por qué el contrainterrogatorio no resulta suficiente para "satisfacer sus pretensiones probatorias"[182]. "la sala ha definido la posibilidad de que una parte pueda solicitar las pruebas pedidas por su antagonista, bajo la condición de que justifique su pertinencia a la luz de su propia teoría del caso[183]".

"(...) el Juez, como director del proceso, deba tomar las medidas necesarias para evitar que la posibilidad de utilizar "prueba común" se convierta en un mecanismo de dilación. Así, por ejemplo, si un testimonio es solicitado por ambas partes para demostrar un determinado aspecto, y ese propósito se logra durante el interrogatorio

[180] Corte Constitucional. Sentencia C-205 de 2016.
[181] Corte Suprema de Justicia Sentencia 36562 de 2012.
[182] Corte Suprema de Justicia Sentencia 49307 de 2017.
[183] Corte Suprema de Justicia Sentencia 52351 de 2018.

que realice la Fiscalía, ningún sentido tendría que la defensa interrogue al deponente sobre el mismo tema[184]".

(…) ha de admitirse el interrogatorio directo a las partes para el mismo testigo, si se refiere a los hechos que dieron origen al mismo proceso penal, a los aspectos principales de la controversia, si se vinculan con situaciones que hagan más o menos probable las circunstancias y la credibilidad de otros medios, si tal interrogatorio no pone en peligro grave o causa perjuicio indebido a la administración de justicia, si no tiene por objeto generar confusión, o no representa un escaso valor probatorio, o si no tiene por objeto hacer planteamientos sugestivos, capcionas, en fin, si no corresponde a un conducta manifiestamente dilatoria[185]".

4.2.4. Incorporación de documentos públicos:

"(…) todo documento, para que adquiera la condición de prueba, debe ingresar al juicio oral a través de un testigo de acreditación, en orden a validar y corroborar su origen, procedencia y obtención y garantizar, consecuentemente, su publicidad y debida confrontación. Esa es la jurisprudencia que actualmente predomina en la Corte y ha sido reiterada en CSJ AP1644-2014, SP13709-2014, AP5233- 2014, SP1850-2014, AP7666-2014, AP767-2015, AP1092-2015, AP3967- 2015, AP444-2015, AP3426-2016, SP14339-2016 y en SP4129-2016. En el último de esos pronunciamientos se señaló:

"(…) la única vía idónea para introducir documentos a la audiencia del juicio oral es a través de un testigo de acreditación, para que así adquieran la condición de prueba (artículos 16, 377 de la Ley 906 de 2004), como se infiere del artículo 337, numeral 5°, ibidem, que prevé: "El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: (…) d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación[186]".

«La Corte juzga necesario reconsiderar parcialmente ese criterio y retomar de nuevo aquel según el cual el testigo de acreditación sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad a que se refiere el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, de tal manera

[184] Corte Suprema de Justicia Sentencia 49307 de 2017.
[185] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 45011 de 2015.
[186] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 4129 de 2016.

que aquellos que gozan de esa presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada[187]".

"No es, por tanto, que el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, al emplear el vocablo "podrá", establezca una facultad discrecional para la parte, pues frente a los documentos que no gozan de la presunción de autenticidad sí se requiere obligatoriamente el testigo de acreditación. Respecto de ellos quien los introduce al juicio oral tiene la carga de demostrar la forma como se obtuvieron, quién los suscribió, si son originales o copias y los datos generales referentes a su contenido, es decir, conforme se señaló en CSJ SP, 21 febr. 2007, rad. 25920, le corresponderá "afirmar en la audiencia pública que un documento es lo que la parte dice que es", todo en orden a demostrar su genuinidad[188]".

"Esa obligación, se insiste, no opera en relación con los documentos enlistados en el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, entre los cuales se encuentran los públicos, pues ellos gozan de presunción de autenticidad, de manera que los mismos, como se dijo en precedencia, pueden ser ingresados directamente en el juicio oral por la parte interesada, a condición de que hayan sido descubiertos oportunamente y su práctica solicitada y decretada en la audiencia preparatoria.

Deberá sí, previamente a ser entregados al juez, dársele traslado a la contraparte para que ésta verifique que se trata de los mismos documentos descubiertos y cuya práctica se ordenó en su momento. La anterior regla aplica, inclusive, para los documentos provenientes del extranjero debidamente apostillados, así el artículo 62 de la Ley 1453 de 2011, modificatorio del artículo 427 de la Ley 906 de 2004, establezca que pueden ser ingresados al juicio oral por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que lo recolectó o recibió, pues a ellos también los cobija la presunción de autenticidad, conforme lo señala tanto el artículo 425 como el propio artículo 427 precitados. En ese sentido, necesario resulta entender que la expresión "podrá" contenida en esa última disposición sí consagra una facultad discrecional para la parte, en la medida en que cuenta, a su elección, con la posibilidad de introducirlo directamente o a través de un testigo de acreditación, sin que el empleo del primero de esos mecanismos torne ilegal la prueba[189]".

4.2.5. Pertinencia: "(…) para la parte que demanda allegar un determinado medio de prueba a la audiencia del juicio oral, corre como carga procesal aquella de argumentar en torno de su pertinencia y conducencia, esto es, para decirlo en

[187] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 46278 de 2017.
[188] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 46278 de 2017.
[189] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 46278 de 2017.

términos elementales, dar a conocer claramente cuál es su objeto, o mejor, qué se pretende, de manera general, demostrar con ese medio, dentro del espectro preciso de la teoría del caso que sustenta su posición dentro del proceso[190]".

"De otro lado, las partes deben explicar la pertinencia de cada medio de prueba, así entre ellos exista relación directa, como cuando un documento va a ser autenticado con un determinado testigo. Esta delimitación es importante para evitar que se utilicen medios de prueba que no tienen relación con los hechos relevantes para la solución del caso, y, además, para que se analice de manera separada los demás requisitos de admisibilidad. Así, a manera de ejemplo, si se solicita la declaración del servidor público que atendió una muerte en accidente de tránsito, la explicación de pertinencia del testimonio no necesariamente se extiende al respectivo informe, y, además, es posible que el reporte no sea admisible por contener prueba de referencia o por cualquier otra razón que afecte el debido proceso probatorio[191]".

"La doctrina ha entendido que la pertinencia de la prueba hace alusión a la relación del medio de convicción y el objeto del proceso y significa que las pruebas "deben versar sobre hechos que conciernan al debate, porque si en nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia". Bajo la misma línea argumental el profesor Hernán Fabio López Blanco, sostiene que la prueba impertinente es aquella que nada aporta a la Litis, pues busca probar un hecho inocuo para los fines perseguidos dentro del proceso[192]".

"Así, en el juicio de pertinencia, está autorizado extenderse, entre otros tópicos, a los aspectos relacionados con la credibilidad del testigo o del perito, con el objetivo, precisamente de impugnarla; como un ejercicio válidamente reconocido del principio de contradicción; que consiste, además en la posibilidad de cuestionar al testigo como fuente confiable de información. En efecto, la impugnación de credibilidad como extensión de la pertinencia de la prueba, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 403 del Código de Procedimiento Penal, comprende los siguientes temas:

1. Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio. 2. Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración. 3. Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo. 4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquéllas hechas a terceros, o entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías. 5. Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad. 6. Contradicciones en el contenido de la

[190] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 35130 de 2011.
[191] Corte Suprema de Justicia Sentencia 49307 de 2017.
[192] Consejo de Estado Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00111-00(S). 2015.

declaración. Por consiguiente, la parte que solicita una prueba con fines de impugnación, debe claramente precisar cuál de estos criterios son los que utilizará en desarrollo del contrainterrogatorio realizado al testigo o al perito de la parte contraria, para determinar su pertinencia. Ahora bien, puede impugnarse la credibilidad del testigo propio, verbigracia en el evento de que cambie la versión inicialmente vertida en la entrevista o en la declaración jurada, para lo cual podrá utilizarse dicha declaración previa[193]".

4.2.6. La conducencia:

"Se refiere a una cuestión de derecho. Sus principales expresiones son: la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba. Por ello, quien alega falta de conducencia debe indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado u otra de las situaciones que acaban de mencionarse[194]".

4.2.7. Utilidad:

"La utilidad de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente, atañe al aporte concreto que pueda tener al objeto de la investigación, es la facultad de llevar probanzas que presten servicios en el proceso para la convicción del Juez, toda prueba que no tenga este propósito debe ser rechazada de plano, en general toda prueba que es pertinente y conducente es útil"[195]

"(…) advierte la Corte que exigir la explicación de conducencia y de utilidad para todos los medios de prueba solicitados por la parte, puede dar lugar a discursos repetitivos e innecesarios, en el mejor de los casos orientados a demostrar que la prueba pertinente por estar relacionada directa o indirectamente con los hechos que constituyen el tema de prueba, es conducente porque ninguna norma del ordenamiento jurídico prohíbe probar el hecho en cuestión con el medio elegido, ni existe alguna norma que obliga a probar ese mismo hecho con un medio de prueba determinado, y que es útil porque no puede catalogarse de superflua, repetitiva o injustamente dilatoria de la actuación. Basta con imaginar un caso donde las partes hayan solicitado un número elevado de pruebas, para calcular el costo que este tipo

[193] Corte Suprema de Justicia Sentencia 36562 de 2012
[194] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 46153 de 2015.
[195] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 22053 de 2009.

de metodología tendría para la celeridad del proceso, tan importante en orden a acceder a una justicia pronta y eficaz[196]".

4.2.8. Prueba ilícita:

"(…) prueba ilícita es aquella que se obtiene con vulneración a los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad intima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida[197]"

"(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política). "(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal)[198]".

4.2.9. Prueba ilegal:

Esta se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales[199]. Es aquella que **afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio)**,[200]".

4.2.10. Estipulaciones probatorias (Leer observar y acatar la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, (50696), de diciembre 4 de 2019): "Las estipulaciones probatorias son un asunto exclusivo de las partes que se refiere a los hechos o circunstancias en los que el fiscal y el defensor están de acuerdo en sus

[196] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 51882 de 2018.
[197] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 29416 de 2008.
[198] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 29152 de 2008.
[199] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 18103 de 2005.
[200] Corte Constitucional, Sentencia T916 de 2018. (subrayado y negrilla fuera de texto)

teorías del caso. En todo caso, esa figura no puede comprender la renuncia a los derechos fundamentales, especialmente el de no autoincriminación[201]".

La Corte recordó que la importancia de las estipulaciones radica en evitar la prolongación innecesaria del debate, lo que contribuye a la celeridad, el ahorro de instancia y la eficacia del sistema, si existe el consentimiento libre y el entendimiento claro del acusador y la defensa. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia aclaró que dichas estipulaciones son irretractables, una vez introducidas en el juicio oral, pero no al ser anunciadas en la audiencia preparatoria[202].

(…) las partes no pueden estipular "pruebas", sino hechos, porque: (i) el efecto principal de la estipulación es sustraer del debate algunos hechos o sus circunstancias; ello, naturalmente, incide en las decisiones de los jueces sobre las pruebas que se deben practicar en el juicio; (iii) en esa fase, el juez no conoce -ni debe conocer-. el contenido de las pruebas; (iv) por tanto, si las partes estipulan pruebas, y no hechos, el juez no tendrá elementos de juicio cara establecer cuáles aspectos factuales no serán objeto de controversia, ni, en consecuencia, para decidir sobre admisibilidad de los medios de conocimiento solicitados por cada parte para sustentar su teoría del caso[203].

TIPS ACUSATORIO: La audiencia preparatoria es el escenario natural para la exposición argumentada de las solicitudes probatorias, esta audiencia es determinante porque delimita el debate adversarial que se va a desarrollar en la corte marcial, lo cual comprende: el orden de los testigos, lo que se va preguntar en los interrogatorios, la prueba documental a incorporar a través de testigos y las estipulaciones probatorias que se introducirán antes de que empiece la práctica probatoria.

Recuerde tener claro para que quiere lograr o acreditar con cada testigo, testigo que deberá tratar algún tema relacionado con los hechos jurídicamente relevantes, allí está la pertinencia del medio de prueba requerido. Tenga en cuenta que un testigo también puede ser pertinente a efectos de impugnar credibilidad de otro testigo, lo cual también deberá acreditarse de manera argumentativa. Prepare su audiencia con antelación, recuerde que, si algún medio de prueba resulta inadmitido por falta de conducencia, pertinencia o utilidad, su teoría del caso se verá seriamente afectada, de allí la importancia de realizar desde el inicio un adecuado programa metodológico en compañía de policía judicial y también el conocer el caso,

Realice el respectivo balance entre el elemento del delito vs prueba pertinente para acreditarlo al momento de argumentar la pertinencia ante el juez en la solicitud probatoria.

[201] Ámbito jurídico 2013.
[202] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 41505 de 2013.
[203] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 50696 de 2019.

4.3. Problemas inherentes a la audiencia de juicio oral (art. 507 - 588).

- ✓ El Juez de conocimiento instala la audiencia, verificando la presencia de las partes (art. 507)
- ✓ El juez penal militar advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable (art. 508, art 57 ley 1453 de 2011, sentencia C-645 de 2012).
- ✓ De reconocer el acusado su culpabilidad, el juez penal militar deberá verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor. Igualmente, preguntará al acusado o a su defensor si su aceptación de los cargos corresponde a un acuerdo celebrado con la Fiscalía Penal Militar. De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad (art. 509).
- ✓ El juez pregunta a las partes lo atinente a las estipulaciones probatorias con el fin de que estas sean incorporadas en ese momento o a manera que el juicio avance, ya sea de forma individual o conjunta según la teoría del caso de la parte interesada (Sentencia CSJ 41505/2013).
- ✓ La Fiscalía Penal Militar deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio (art. 512).
- ✓ Se inicia la práctica probatoria, se deberá observar el orden señalado en audiencia preparatoria y las reglas previstas en la ley 1407 de 2010 y demás normas concordantes.
- ✓ Terminada la práctica de las pruebas, el fiscal o el defensor podrán solicitar al juez la absolución perentoria cuando resulten ostensiblemente atípicos[204] los hechos en que se fundamentó la acusación, y el juez resolverá sin escuchar alegatos de las partes e intervinientes (art. 583).

Frente a los alegatos de conclusión:

- ✓ El fiscal expondrá oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación. (art. 584).
- ✓ Se dará el uso de la palabra al representante legal de las víctimas, si las hubiere, y al Ministerio Público, en este orden, quienes podrán presentar sus alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado (art. 584).

[204] Corte Constitucional. Sentencia C-651 de 2011.

- ✓ La defensa, si lo considera pertinente, expondrá sus argumentos los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía. Si esto ocurriere la defensa tendrá derecho de réplica y, en todo caso, dispondrá del último turno de intervención argumentativa. Las réplicas se limitarán a los temas abordados (art. 584).
- ✓ Una vez presentados los alegatos, el juez declarará que el debate ha terminado y, de ser necesario, podrá decretar un receso hasta por (2) horas para anunciar el sentido del fallo (art. 586).

4.3.1. Respecto de la Teoría del caso:

Benavente (2011) indica que la teoría del caso "es el planteamiento metodológico que cada una de las partes debe realizar desde el primer momento que ha tomado conocimiento de los hechos, con la finalidad de dotar de un solo sentido, significado u orientación a los hechos, normas jurídicas -sustantivas y procesales-, así como el material probatorio -también como evidencias[205]".

"Del Fiscal se reclama, a tono con el concepto de teoría del caso, que en el componente fáctico de la imputación -desde luego, también en la acusación sintetice, sin referenciarlos, todos los medios de conocimiento recogidos y de allí extraiga una hipótesis plausible, que se traduce en la narración neutra de lo que, estima, sucedió, detallando las circunstancias de tiempo, modo y lugar que gobiernan los hechos y, obviamente, discriminando a la víctima o víctimas, a partir de lo que particularmente padeció cada una de ellas[206]".

"La teoría del caso no es más que la formulación de la hipótesis que cada parte pretende sea acogida y aceptada por el juez en la sentencia, de acuerdo con los elementos fácticos, jurídicos y probatorios que se han acopiado y habrán de presentarse y valorarse en la etapa del juicio, que responde a la metodología y el plan de trabajo diseñado por las partes de cara al proceso, donde por su dialéctica "va y viene varias veces a lo largo de las etapas previas al juicio oral, alterándose en la medida en que nuestro conocimiento del caso se va modificando[207]".

"La Corte estima necesario significar la manera facilista con la que aún hoy, después de varios años de implementación del sistema acusatorio y cuando los funcionarios ya deberían tener claro qué es una teoría del caso, siguen utilizando fórmulas ambiguas, cuando no contradictorias, anfibológicas u oscuras, para delimitar un

[205] Benavente Chorres, H. (2011a). La Aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio y Oral. México: Flores Editor y Distribuidor. Pág. 199.
[206] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 42784 de 2015.
[207] Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 2009.

aspecto capital de la imputación y la acusación, cual debe entenderse la definición de los hechos de manera clara, precisa y detallada[208]". "Se ha vuelto práctica común de algunos fiscales, que, sin abrazar una teoría del caso específica, deciden mejor, en la imputación y acusación, hacer una relación de medios probatorios, en ocasiones contradictorios, a la espera de que de allí sean las demás partes las que extraigan su particular concepción de lo que quiere atribuirse[209].

4.3.2. El juez debe exigir diligencia al defensor en defensa del principio de igualdad de armas:

"En situaciones extremas el funcionario judicial puede y tiene que reclamar actividad y diligencia al defensor, y, de ser palmaria su colusión o incompetencia, dar amplias explicaciones al acusado para que si a bien lo tiene proceda a remover a su representante e inclusive aclararle que en todo caso puede reclamar que su protector dentro del proceso sea un letrado de la defensoría pública. Y esto es así porque, como lo advirtiera tempranamente la doctrina especializada, el defensor tiene que actuar en igualdad de condiciones frente al acusador porque debe desarrollar labores similares, aunque desde perspectivas diversas[210]".

"Es flagrante el desconocimiento de la igualdad de armas cuando quien asume la defensa técnica no conoce la dinámica del proceso pues con ello materialmente está impidiendo asegurar el contradictorio. No es suficiente que existan oportunidades procesales, sino que debe propiciarse la paridad de los contradictores, de donde la presencia de un abogado en calidad de defensor no es suficiente ni *per se* determina la existencia de defensa y realización plena del principio contradictorio[211]".

"La defensa que se reclama desde la Constitución es aquella que permita la realización de un orden justo y éste sólo se consigue cuando el Estado garantiza que el derecho tenga realización y ejercicio con plena competencia, capacidad, idoneidad, recursos, disponibilidad de medios, etc., pues la persecución del delito no es posible adelantarla de cualquier modo y sin importar el sacrificio de los derechos fundamentales, toda vez que la dignidad de la persona impone que las sentencias de condena solamente podrán reputarse legítimas cuando el sospechoso fue vencido en un juicio rodeado de garantías, a través del cual el juez tiene que ser el principal patrocinador de las mismas[212]".

[208] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 48200 de 2016.
[209] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 44425 de 2016.
[210] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 27283 de 2007.
[211] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 26827 de 2007.
[212] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 11079 de 2002.

4.3.3. El control de la pertinencia de las pruebas también se puede hacer por parte del juez en la audiencia de juicio oral:

"(…) debe tenerse en cuenta que el control sobre la pertinencia de las pruebas no se agota en la audiencia preparatoria, entre otras cosas porque en ese escenario procesal el Juez solo cuenta con las explicaciones que dan las partes sobre el contenido de las pruebas y su relación con los hechos jurídicamente relevantes (y con los demás aspectos referidos en el artículo 375 de la Ley 906 de 2004). Durante el juicio oral ese control puede materializarse durante el desarrollo probatorio, bien porque las partes se opongan a una determinada pregunta o respuesta por su falta de relación con el tema de prueba, ora porque el Juez considere necesario intervenir oficiosamente para evitar la dilación injustificada de la actuación[213]".

4.3.4. Finalidad del interrogatorio y contrainterrogatorio: "Las disposiciones legales que prevén la forma en la que deben llevarse a cabo el interrogatorio y contra interrogatorio de los testigos en el juicio, por medio de las cuales se establecen reglas técnicas para dicho efecto, no son simples formalismos, sino que tienen como propósito, además de procurar la indemnidad del principio de igualdad de derechos, obligaciones y deberes, y del debido proceso, lograr que el conocimiento de los hechos llegue al sentenciador de la manera más clara y depurada posible, a efectos de que el fallo se acerque, tanto como sea posible, a la verdad material de lo ocurrido[214]".

4.3.5. Interrogatorio: "(…) a través del interrogatorio directo la parte que solicitó la prueba pretende que el testigo le transmita al juzgador lo que percibió "directa y personalmente". Es por ello que en este ejercicio están prohibidas las preguntas **sugestivas, capciosas o confusas[215]"**.

"Artículo 543. Conocimiento personal. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo[216]".

"Artículo 533. Reglas sobre el interrogatorio. El interrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones: a) Toda pregunta versará sobre hechos específicos; b) El juez prohibirá toda pregunta **sugestiva, capciosa o confusa**; c) El juez prohibirá

[213] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 49307 de 2017.
[214] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 45410 de 2015.
[215] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 49307 de 2017. (subrayado y negrilla fuera de texto).
[216] República de Colombia. Ley 1407 de 2010.

toda pregunta que tienda a ofender al testigo; d) El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos; e) El juez excluirá toda pregunta que no sea pertinente. El juez intervendrá con el fin de que el interrogatorio sea leal y que las respuestas sean claras y precisas[217]".

Interrogatorio palabras claves:

¿Quién? ¿Qué? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿Por qué? ¿Cómo? Describa, Explique, Díganos.

Clases de preguntas permitidas:

Abiertas, narrativas, de seguimiento.

Las preguntas prohibidas:

"Las preguntas sugestivas son aquellas que, en su estructura brindan la información de manera anticipada al testigo, para que este, a través, de su respuesta, únicamente proceda con ratificar esa información, ya sea aceptando o negando. El dato sugerido en las preguntas debe ser sobre aquello que, todavía, el testigo no ha referido, empero, si ya lo dijo, no estaremos ante el tipo de preguntas sugestivas. Las llamadas preguntas sugestivas aprovisionan información al testigo, siendo su finalidad alcanzar la respuesta que se desea. Es decir, el que realiza las interrogaciones agrega a la pregunta, ya sea directa o implícitamente, una información para que el testigo o perito pueda acoger en su respuesta. Será directa cuando en la pregunta, de manera expresa, se comprende la supuesta respuesta; en cambio, será implícita, cuando en la misma interrogación indirectamente se sugiere la contestación[218]".

Ejemplos de preguntas sugestivas:

¿El soldado que se encontraba con usted prestando de centinela en la garita 8 era de apellido García?

¿El soldado que se encontraba de centinela con usted posiblemente era de apellido García?

¿Es verdad que al entrar al alojamiento encontró el cadáver del soldado Pérez con un disparo en la cabeza y el fusil al lado de su cuerpo?

[217] República de Colombia. Ley 1407 de 2010.

[218] GARCÍA, Carmelo. Las preguntas sugestivas en el interrogatorio y el contrainterrogatorio. Revista Actualidad Penal, Vol. 57, Lima: marzo del 2019, pp. 227- 236.

¿Usted recibió su turno de comandante de guardia las 19:00horas?

¿Cuándo usted no encontró al soldado en el alojamiento salió a buscarlo con una patrulla perimétrica alrededor de la base?

Respecto de las preguntas capciosas, son "aquellas que están planteadas de forma engañosa, que tienden a confundir al testigo y arrancarles, mediante un ardid, una respuesta que favorezca al interrogador o comprometa al propio testigo[219]", "cuestión formulada arteramente con el objeto de provocar el error o la confusión del deponente, La pregunta es capciosa cuando en la forma en la que se plantea resulta engañosa, y tiende a confundir a su destinatario, y a provocarle una respuesta sobre sus razones íntimas para actuar como actuó[220]".

"Parte de la afirmación de hechos no probados, o que, ya probados de otra manera, se distorsionan en la pregunta para inducir en error al testigo[221]"

Ejemplos de preguntas capciosas:

Pese a que en los hechos jurídicamente relevantes se ha podido establecer que el soldado no tenía fusil al momento de estar prestando el servicio para el cual fue nombrado en la orden del día, el fiscal con el fin de probar que si se trataba de un centinela le pregunta al testigo: ¿Qué clase de armamento era que tenía el soldado Pérez cuando estaba de centinela?

Las preguntas confusas, según Fernández (2017): "Son preguntas defectuosamente formuladas que impiden al testigo entender cuál es el objeto de la misma y que podrían incluirse entre las preguntas capciosas. Aquí encontramos las preguntas confusas (formulación poco clara), ambiguas (sugieren diversas cuestiones poco claras) y vagas (amplitud excesiva acompañada de falta de claridad). El fundamento de la prohibición de estas preguntas reside en que, nuevamente, se pretende evitar que se incorpore a la actividad probatoria una información aportada erróneamente por el testigo como consecuencia de una mala formulación de la pregunta por parte del interrogador. Por lo tanto, lo que se pretende al proscribir estas preguntas es que la información que ingrese en el procedimiento derive del conocimiento del testigo y no de un error o confusión[222]".

[219] Definición tomada de: https://www.diarioconstitucional.cl/2017/08/09/preguntas-inutiles-sugestivas-y-capciosas-en-un-juicio/.
[220] Definición tomada de: https://dpej.rae.es/lema/pregunta-capciosa.
[221] Manual de Procedimientos de Fiscalía En El Sistema Penal Acusatorio. Fiscalía General de la Nación. Pág. 176.
[222] Obtenido de: https://www.legaltoday.com/opinion/blogs/gestion-del-despacho-blogs/blog-manual-interno-de-gestion/que-preguntas-nos-pueden-impugnar-durante-el-interrogatorio-2017-07-27/

Ejemplo de peguntas confusas o poco claras:

¿Cuándo entró usted al alojamiento y vio al centinela dormido como lo ha señalado, donde estaba la puerta en ese momento?

¿Qué había pasado con el soldado que estaba de centinela en el pasado?

4.3.6. Otras preguntas objetables: De referencia, aquellas manifestaciones que hicieron terceros que no están declarando en el juicio. Art. 578.

De opinión, cuando se pide un concepto o una conclusión a un testigo sin que este sea perito.

Impertinente, pregunta que no tiene nada que ver con los hechos o con los temas previstos en el interrogatorio. Art. 533 literal e.

Pregunta que tienda a ofender al testigo. Art. 533 literal c.

4.3.7. Contrainterrogatorio: "Es un poderoso instrumento en manos del litigante, para someter al testigo ajeno a un *test* de veracidad, con la finalidad de refutar, en todo o en parte, lo que este ha contestado, utilizando cualquier declaración que el deponente hubiere rendido sobre los hechos, en entrevista o declaración jurada, durante la fase de investigación o en la propia audiencia del juicio oral. Por tratarse de una actividad esencial y rigurosa, aunque no obligatoria, algunos la consideran tan importante como el alegato final, mientras otros le atribuyen el carácter de clave del éxito o del fracaso del caso[223]".

"(…) el contrainterrogatorio cumple una finalidad sustancialmente diferente, pues, en esencia, constituye una de las principales herramientas para que la parte contra la que se presenta el testimonio pueda ejercer a cabalidad el derecho a la confrontación, puntualmente para que pueda refutar lo que el testigo ha dicho (Art.393) o impugnar su credibilidad (Art.403). Para ello, el legislador le brinda diversas herramientas, entre las que cabe destacar la posibilidad de hacer preguntas sugestivas y utilizar declaraciones anteriores del testigo[224]"

"Artículo 534. Reglas sobre el contrainterrogatorio. El contrainterrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones: a) La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado; b) Para contrainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los

[223] FERNÁNDEZ, Wanda. El arte de contrainterrogar. Ámbito jurídico. 2016.
[224] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 49307 de 2017.

hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral[225]".

"Artículo 559. Instrucciones para contrainterrogar al perito. El contrainterrogatorio del perito se cumplirá observando las siguientes instrucciones: 1. La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el perito ha informado. 2. En el contrainterrogatorio se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico-científicas calificadas, referentes a la materia de controversia[226]".

Villafuerte (2018) señala lo siguiente: "Para mantener el control del contrainterrogatorio, solo debemos hacer preguntas cerradas para que la respuesta sea un sí o un no; hacer preguntas afirmativas, dirigidas y también sugestivas, es decir, preguntas que insinúan la respuesta en la misma pregunta, lo cual provocará que el testigo afirme o niegue el hecho plasmado en la pregunta y no dé una explicación de esta. Por ejemplo, si preguntamos: ¿Ayleen dónde vives? Ayleen tendrá la oportunidad de contestar como quiera y obtendrá el control; pero si formulamos una pregunta sugestiva, donde la respuesta se halla en la propia pregunta, mantenemos el control y el testigo no podrá dar explicaciones; por ejemplo: ¿Ayleen vives en casa de tus padres en una mansión en Beverly Hills? Como vemos, la pregunta ya contiene la respuesta y Ayleen solo podrá afirmar sin tener la oportunidad de explicarnos por qué vive ahí, o cuáles son las circunstancias que engloban el hecho de vivir ahí[227].

En el contrainterrogatorio haga preguntas preferiblemente cerradas y también se permiten las preguntas sugestivas.

4.3.8. Sentar las bases probatorias: "Constantemente se ha hecho alusión a que el testigo debe tener conocimiento "personal y directo", lo que equivale a lo que en la práctica judicial se denomina "sentar las bases". Valga aclarar, de paso, que en este contexto sentar las bases no es otra cosa que demostrar que el testigo tiene conocimiento suficiente para identificar o hacer una particular manifestación sobre una evidencia física. Por ejemplo, la madre de la víctima puede estar en capacidad de reconocer la ropa de su hijo debido al contacto permanente que tenía con éste[228]".

[225] República de Colombia. Ley 1407 de 2010.
[226] República de Colombia. Ley 1407 de 2010.
[227] VILAFUERTE, Carlos, "Contrainterrogatorio: reglas generales", marzo, 2018. En: https://legis.pe/contrainterrogatorio-reglas-generales/.
[228] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 43916 de 2016.

"Es el medio por el cual se pretende llevar un conocimiento prematuro ante el fallador, dando matices de lo que se va a tratar en relación al tiempo, el modo y el lugar".

4.3.9. Pasos para incorporar evidencia Sentencia CSJ 44741 de 2017:

Primero: Marque la evidencia que pretende incorporar con un número, según la importancia que tenga para la teoría del caso y según el orden que les dio a los testigos por interrogar.

Segundo: Determine cuál será su testigo de acreditación[229], es decir el idóneo para incorporar la evidencia.

Tercero: Se deben sentar adecuadamente las bases probatorias, es decir que el testigo indique a través del interrogatorio su cercanía, idoneidad y relación directa con la evidencia por incorporar.

Cuarto: Se debe solicitar al juez poner de presente el testigo la evidencia marcada con el numero respectivo dando traslado a las demás partes y finalmente entregándosela al testigo.

Quinto: El testigo reconoce a través de tres preguntas claves el objeto puesto a conocimiento: QUE ES ESTO – LO RECONOCE – PORQUE LO RECONOCE – SE ENCUENTRA EN LAS MISMAS CONDICIONES, todo lo anterior según la naturaleza del documento, objeto, dictamen, evidencia, puesta a disposición del testigo según sea el caso.

Sexto: Se debe garantizar a través de la autenticación de la evidencia el cumplimento del principio de mismidad tal como lo establece el art. 414 de la Ley 1407 de 2010.

Séptimo: Solicita la incorporación de la evidencia número X para que se trasforme en prueba.

Octavo: Use la prueba.

[229] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 26411 de 2007: "Los medios del conocimiento obtenidos en actos de indagación y de investigación técnica o científica, como experticias, diagnósticos, entrevistas, reconocimientos, declaraciones de eventuales testigos, interrogatorios a indiciados, informes de investigación de campo, actas de reconocimiento fotográfico, huellas, manchas, residuos, vestigios, armas, dineros, mensajes de datos, textos manuscritos, mecanografiados, grabaciones fonotípicas, videos, etc. (art. 275 literal h) son evidencia probatoria del proceso cuando son presentados ante el juez en la audiencia de juicio oral por el sujeto procesal a través del testigo de acreditación (fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que es el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de la evidencia".

4.3.10. Ejemplo de sentar las bases probatorias con fines de incorporación:

Se quiere incorporar la orden del día con la cual fue nombrado el procesado como oficial de servicio, documento que se quiere autenticar a través del funcionario de policía judicial encargado de labores de investigación en cumplimiento del programa metodológico, en ese contexto se podrían indicar que se cumplió con la tarea de sentar las bases de la siguiente manera:

Fiscal: Señor intendente García, usted acaba de manifestar que en el ejercicio de su labor como investigador de la fiscalía recolectó en el Batallón de A.S PC No 21 un documento, podría especificar a qué documento se refiere.

Testigo: Me desplace a la oficina de la ayudantía del comando del Batallón de A.S.P.C No 21 a realizar la recolección de una orden del día de acuerdo con lo ordenado por el Fiscal.

Fiscal: ¿Cuándo realizó dicha recolección?

Testigo: Eso fue el pasado 18 de octubre de 2021.

Fiscal: ¿Qué orden del día recolectó en el comando del Batallón de A.S.P.C. No 21 el pasado 18 de octubre de 2021?

Testigo: La Orden del día No 234 firmada por el comandante del Batallón de A.S.P.C No 21 en la cual nombran los servicios de régimen interno del batallón.

Fiscal: ¿Como la obtuvo?

Testigo: Previamente había enviado un oficio haciendo la petición y el día 18 de octubre de 2021 me acerqué a la ayudantía y con ese oficio la reclamé del ayudante de comando quien me la entregó.

Fiscal: Describa ese documento que acaba de señalar recolectó.

Testigo: Se trata de la orden del día No 234 donde se nombran los servicios del Batallón dentro de la cual aparece el día 25 de marzo de 2021 nombrado como oficial de servicio el Teniente Pedro Pérez.

Fiscalía: ¿Que hizo con esa orden del día?

Testigo: Se la entregue al fiscal para que hiciera parte de la investigación.

Fiscal: Permiso su señoría para poner de presente al testigo la evidencia que la fiscalía ha marcado con el número (1) previo traslado a las partes.

Fiscal: ¿Que es la evidencia No 1?

Testigo: Es una orden del día

Fiscal: ¿La reconoce?

Testigo: Si la reconozco

Fiscal: ¿Porque la reconoce?

Testigo: Porque se trata de la de la orden del día No 234 donde se nombran los servicios del Batallón dentro de la cual aparece el día 25 de marzo de 2021 nombrado como oficial de servicio el Teniente Pedro Pérez, documento que yo le entregue a la fiscalía.

Fiscal: ¿Esta en las mismas condiciones en las cuales la recolectó?

Testigo si:

Fiscal: Su señoría solicito permiso para acercarme al testigo con el fin de retirar la evidencia No 1 de la fiscalía.

Fiscal: Señor juez solicito que se tenga como prueba la evidencia No 1 que el testigo acaba de reconocer y autenticar.

4.3.11. Ejemplo de sentar las bases probatorias con fines de refrescar memoria:

Se va a refrescar memoria a un testigo sobre el número de serie de un fusil que fue encontrado en la escena de los hechos y que por obvias razones no tiene por qué recordar. Se le va a preguntar al investigador que efectuó la recolección de dicho elemento de la escena de los hechos.

Fiscal: ¿Recuerda usted el número de serie del fusil que nos ha dicho encontró, recolectó y embaló en la escena de los hechos?

Testigo: No

Fiscal: ¿Recuerda usted si ese número quedo registrado en alguno de los documentos creados por usted al momento de la diligencia de inspección al lugar de los hechos?

Testigo: Si

Fiscal: ¿En cuál Documento?

Testigo: En el informe ejecutivo que entregué al fiscal asignado una vez terminaron las actividades de actos urgentes, allí incluí los datos del fusil, entre ellos el número de serie.

Fiscal: Si usted observa ese documento ¿podría recordar el número de serie del fusil?

Testigo: Si

Fiscal: Solicito su señoría poner de presente al testigo el documento con fines de refrescar memoria previo traslado a las partes.

Fiscal: ¿Qué tiene en sus manos?

Testigo: Es un informe ejecutivo

Fiscal: ¿Lo reconoce?

Testigo: Si lo reconozco

Fiscal: ¿Por qué lo reconoce?

Testigo: Porque fue el informe ejecutivo donde yo relacioné el número de serie del fusil que usted me esta preguntado.

Fiscal: Lea mentalmente el documento y busque dentro de este, el dato que ha señalado no recodar.

Fiscal: Su señoría solicito acercarme al testigo con el fin de retirarle el documento

Fiscal: Nos podría indicar el número de serie del fusil

Testigo: Se trata del fusil Gallil SAR número de serie 124567

Se continua entonces con el interrogatorio.

4.3.12. Ejemplo de sentar las bases con fines de impugnar credibilidad de un testigo en un contrainterrogatorio:

En el interrogatorio efectuado en el juicio oral el testigo señaló que vio cuando el soldado Pérez salto la malla que divide el Batallón con la calle llevándose consigo un fusil, pero en la entrevista previa que le hicieron durante los actos de investigación el testigo señaló que vio cuando al parecer salió una persona llevando consigo un paquete. Para tal fin la persona que contrainterroga va a utilizar una declaración anterior del testigo con el fin de impugnar su credibilidad.

Contrainterrogador: Mencionó usted que observó cuando el Soldado Pérez salto la malla que divide el Batallón con la calle, ¿esto es correcto?

Testigo: Si

Contrainterrogador: También señaló que el soldado Pérez al saltar la malla llevaba consigo un fusil, ¿esto es cierto?

Testigo: Si

Contrainterrogador: Previo al juicio ¿usted realizó una entrevista sobre esto que acaba de relatar?

Testigo: Si

Contrainterrogador: Y en esa entrevista que rindiera ante policía judicial ¿usted señaló que vio cuando al parecer una persona saltó la malla?

Testigo: No, yo dije que el soldado Pérez salto la Malla

Contrainterrogador: En esta entrevista usted también dijo que vio cuando esa personal al parecer llevaba consigo un paquete, ¿esto es correcto?

Testigo: No, yo dije que soldado Pérez llevaba consigo un fusil.

Contrainterrogador: Permiso señor juez para poner de testigo la evidencia No 7 previo traslado a las partes.

Contrainterrogador: ¿Qué tiene en las manos?

Testigo: Una entrevista

Contrainterrogador: ¿La reconoce?

Testigo: Si, es la entrevista que yo rendí ante policía judicial

Contrainterrogador: ¿Por qué la reconoce?

Testigo: Porque es mi firma.

Contrainterrogador: Voy a leer en voz alta y le pido el favor de que siga mi lectura, al igual solicito a las demás partes que también lo hagan.

Contrainterrogador: El día 14 de enero de 2021 yo vi cuando al parecer salió una persona llevando consigo un paquete.

Contrainterrogador: ¿Lo que acabo de leer es lo que dice el documento que tiene en sus manos?

Testigo: Si

Contrainterrogador: ¿Cierto que ahí no dice que el soldado Pérez hubiere saltado la malla?

Testigo: Si

Contrainterrogador: ¿Cierto que ahí tampoco dice que el soldado Pérez hubiera saltado la malla llevándose un fusil?

Testigo. Es verdad ahí no dice eso

Contrainterrogador: ¿Cierto que lo que dice la entrevista que usted rindió momentos después de los hechos aquí investigados, es que al parecer salió una persona llevándose consigo un paquete?

Testigo: Si

Contrainterrogador: Es decir, que a usted no le consta que el Soldado Pérez hubiera saltado la malla ni se hubiera llevado el fusil, ¿es correcto?

Testigo: si

Contrainterrogador: No más preguntas señor juez.

4.3.13. Testimonio adjunto, complementario o de comentario:

"Dícese de una declaración que en el juicio se retracta de lo dicho antes en la investigación o cambia la versión. En este caso el declarante está disponible material y jurídicamente sobre el tema probatorio para ser interrogado y contrainterrogado, el órgano de prueba rinde la información, por tanto, las partes ejercen sus derechos independientemente del alcance de las respuestas, o de si sustentan o no la teoría del caso de la fiscalía o la defensa o de la parte que ha solicitado la prueba. La disponibilidad no depende del sentido y contenido de las respuestas, estás solo estructuran el fundamento de la valoración conforme a las reglas de la sana crítica[230]"

"La posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral está supeditada a que el testigo se haya retractado o cambiado la versión, pues de otra forma no existiría ninguna razón que lo justifique, sin perjuicio de las reglas sobre prueba de referencia. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio.

[230] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 45581 de 2017.

Es requisito indispensable que el testigo esté disponible en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación. Si el testigo no está disponible para el contrainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia.

(…) La retractación o cambio de versión de un testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, entre otros, puede generar graves consecuencias para la recta y eficaz administración de justicia.

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación[231]".

4.3.14. Frente al testimonio adjunto, para incorporar al juicio una declaración previa se requiere de lo siguiente (Trascrito literalmente por su importancia de la sentencia CSJ 55959 de 2021):

(i) El declarante debe retractarse en la vista pública de lo narrado antes, es decir, ofrece un relato sustancialmente diverso al que ya había expuesto.

(ii) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio, oportunidad en la cual expondrá los hechos, será confrontado respecto de sus declaraciones anteriores y responderá las preguntas que sobre el particular le sean formuladas, con el objeto de permitir al juez ponderar la credibilidad de lo dicho antes del debate oral y lo manifestado luego en su desarrollo. La demostración de que el testigo se ha retractado o cambiado la versión, atañe al fundamento del instituto.

Esa disponibilidad del testigo para ser contrainterrogado permite desarrollar el derecho a la confrontación, constituye la principal diferencia entre prueba de referencia y *testimonio adjunto*, y es uno de los principales fundamentos de la admisión de tal declaración anterior al juicio como prueba, en cuanto asegura el equilibrio entre la eficacia de la administración de justicia y la materialización de las garantías debidas al procesado.

(iii) La declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, para que el juez, contando con las dos versiones, pueda

[231] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 44950 de 2017.

valorarlas y definir la credibilidad de una y otra, o inclusive, de apartes de la anterior y fragmentos de la última, o descartarlas.

De ninguna manera se quiere significar que la primera versión de los testigos recoja de manera fidedigna la forma en que ocurrieron los sucesos, sino resaltar la importancia de que el fallador pueda discernir entre la declaración anterior y la expuesta en el juicio a cuál o a qué segmentos otorga credibilidad, motivando debidamente su decisión.

La incorporación de dicho texto permite que todos conozcan su contenido, máxime si tendrá el carácter de medio probatorio, a partir de lo cual se podrán ejercer los derechos de contradicción y confrontación, además de que el juez estará en condición de dimensionar su aporte demostrativo, en especial al momento de expresar por qué le otorga mayor credibilidad a la declaración anterior al juicio o a la recibida en él, sin perjuicio de que ambas puedan ser razonadamente desestimadas.

(iv) Es necesario que la parte interesada solicite en el desarrollo del juicio la incorporación de la declaración anterior, como prueba, al percatarse de la retractación del testigo o de la modificación sustancial de su atestación pretérita. En un derecho de partes le está vedado al juez incorporar oficiosamente tal versión anterior.

4.3.15. Funciones de la solicitud de testimonio adjunto (Trascrito literalmente por su importancia de la sentencia CSJ 55959 de 2021):

“En primer lugar, le permite a la contraparte oponerse, pues no puede olvidarse que la incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral, como prueba, constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 que corresponde a una norma rectora. Además, puede afectar derechos de la contraparte en el ámbito de la contradicción y la confrontación. Finalmente, por tratarse de una decisión trascendente en el ámbito probatorio, debe contar con la garantía del contradictorio, esto es, la posibilidad de oposición a que sea incorporada.

En segundo término, brinda claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo, pues en el proceso no puede haber incertidumbre acerca de los medios de convicción practicados o incorporados con vocación para sustentar la sentencia, finalidad desarrollada por el legislador al establecer las reglas del descubrimiento probatorio, la enunciación, solicitud y decreto de pruebas en la audiencia preparatoria, así como en la regulación de la prueba sobreviniente.

Dentro de la misma función se constata que si por regla general las declaraciones anteriores al juicio oral no tienen el carácter de pruebas, su admisión excepcional en tal condición debe ser ordenada por el juez a solicitud de la parte interesada, exigencia que sirve para diferenciar la prueba de referencia y el *testimonio adjunto*, de otros usos posibles de las declaraciones anteriores, como el refrescamiento de memoria y la impugnación de credibilidad.

Desde luego, la claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo evita debates como el aquí suscitado, en contra de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, motivo por el cual se impone que la Fiscalía, entre otros sujetos procesales e intervinientes, asuma su rol con la precisión necesaria en orden a solicitar la incorporación de las declaraciones anteriores como *testimonio adjunto*, una vez cumplidas las demás exigencias para que tengan tal carácter, sin que, desde luego, se trate de una fórmula rigurosamente sacramental, como que en cada caso deberá constatarse si materialmente se trató o no de un *testimonio adjunto*.

Resta señalar, que las falencias en el cumplimiento de los referidos requisitos deben analizarse a la luz del principio de trascendencia, de tiempo atrás desarrollado por la Corte en el ámbito de las nulidades y en el estudio de la exclusión probatoria, sobre todo cuando se trata de las denominadas *pruebas ilegales*, en contraposición a las llamadas *pruebas ilícitas*.

En efecto, la Sala ha precisado que cuando se alega la violación de algún requisito para la obtención o práctica de los medios de convicción, debe analizarse la trascendencia del yerro, en orden a establecer si el mismo es de tal entidad que justifique una decisión tan importante como la exclusión de una prueba pertinente. Lo anterior, sin perjuicio de los requisitos establecidos para cada medio de prueba se cumplan a cabalidad, precisamente para evitar situaciones como la que ahora ocupa la atención de la Corte"[232].

[232] Tenga en cuenta que existe una diferencia entre la impugnación de la credibilidad del testigo y el denominado testigo adjunto: "Al respecto se tiene que la impugnación de la credibilidad es un procedimiento diferente a la incorporación de una declaración a título de testimonio adjunto. La diferencia sustancial emana de las mismas denominaciones, pues se impugna credibilidad para restarle fuerza demostrativa al testigo, mientras que el testimonio adjunto supone la incorporación de una prueba –en este caso la versión rendida por fuera del juicio—, con el propósito de que sea tenida en cuenta por el juez como soporte de la condena". (Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1875 de 2021, rad. 55959)

4.3.16. Recomendaciones[233] alegatos de conclusión: "El alegato de conclusión es una variación de argumentación jurídica y consiste un discurso que puede ser analizado desde una perspectiva formal, material o pragmática[234]".

Tener total conocimiento y dominio del caso.

Revisar rápidamente el proyecto que se hizo para la alegación final y ajustarlo a los resultados de la prueba.

Hacer una introducción a manera de síntesis persuasiva del debate.

Argumentar de conformidad con las reglas de la lógica, la experiencia común y científica. No es suficiente describir los hechos o hacer una simple relación de las pruebas. El juez debe recibir una explicación razonable sobre cada aspecto relevante.

Realzar los detalles que dan fuerza, complementan o demuestran su teoría del caso. Referir los hechos que la contraparte no controvirtió y utilizarlos en favor de su pretensión.

Tener en cuenta el volumen de la prueba practicada en el juicio oral y la complejidad de los cargos, con el fin de racionalizar el tiempo determinado por el juez para su argumento final.

Recordar que no se puede referir prueba excluida ni tergiversar la admitida. No emitir opiniones personales ni dar información superflua o irrelevante.

Hacer propuestas concretas sobre la valoración probatoria. Prestar total atención a las demás alegaciones, especialmente la de la parte contraria para hacer uso adecuado y pertinente del derecho de réplica que, por supuesto, debe ajustarse a los argumentos por ella expuestos y confrontarse con fundamentos sólidos y pertinentes, al tiempo que se destacan los puntos débiles de esa posición. Recordar que es la última oportunidad que se tiene para persuadir al juez, acto procesal que concluye con una reafirmación de la pretensión.

4.3.17. Estructura del alegato de conclusión (Problema jurídico, reconstrucción fáctica, análisis jurídico y solicitud en sentido concreto):

"El problema jurídico constituye el punto de partida de un alegato de conclusión. Su apertura implica la formulación de una o varias preguntas que engloban el interés principal o la pretensión fundamental de una parte en el proceso. Este sintetiza el

[233] Extraídas del Manual de procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio (pág. 185).

[234] ATIENZA, M. (2015). Razonamiento jurídico. En: González Lagier, D. Conceptos básicos del Derecho. Madrid, Marcial Pons. Pág. 205.

objeto probatorio, articula pretensiones, sujetos involucrados, derechos presuntamente vulnerados y obligaciones no satisfechas. La identificación depende del propósito o resultado que esperan las personas involucradas en los hechos del caso. Un caso es un problema práctico en el que alguien quiere obtener un resultado (Carrió, 1995, p. 22). Los presupuestos de dicho resultado suministran los elementos para determinar el problema jurídico. En términos generales, cada aspecto contribuye a su construcción y marca la pauta de argumentación fáctica y normativa[235]".

"La reconstrucción fáctica consiste en narrar los hechos del caso a la luz de las pruebas que fueron aportadas, decretadas y practicadas en el proceso. El abogado identifica los hechos jurídicamente relevantes que se derivan de la demanda y la contestación con el fin de valorar el alcance probatorio de los medios de conocimiento en el proceso. La narración consiste en una argumentación fáctica que comprende (i) la identificación de hechos relevantes, (ii) la realización de operaciones individuales de subsunción o calificación normativa y (iii) la formulación de argumentos probatorios. Los argumentos probatorios son las razones para aceptar la ocurrencia de los hechos narrados. Por tanto, la argumentación exige un análisis de los hechos en la perspectiva de una valoración razonada de las pruebas[236]".

"Una vez identificados los hechos probados y calificados se procede con el análisis jurídico. Este consiste en considerar los derechos o normas vulnerados y las obligaciones derivadas las normas. El análisis jurídico supone la interpretación de los textos jurídicos o la identificación de las interpretaciones aceptadas en discursos dogmáticos o jurisprudenciales. De esta manera, el alegato de conclusión expresa las situaciones normativas de las instituciones jurídicas involucradas en el caso. El uso del precedente resulta de crucial importancia para la fundamentación jurídica del caso[237]".

"Los alegatos de conclusión finalizan con una solicitud dirigida a la autoridad normativa para que acceda a las pretensiones formuladas en la demanda. Hacia este propósito se dirige la formulación del problema, la reconstrucción fáctica y el análisis jurídico[238]".

4.3.18. Aspectos jurisprudenciales relevantes: "(…) debe resaltarse que las omisiones en que incurra el fiscal en su alegato de conclusión, en el sentido de no

[235] CELIS, Duber. Estructura metodológica de un alegato de conclusión. Agencia Defensa Jurídica del Estado.
[236] Ibidem.
[237] Ibidem.
[238] Ibidem.

pronunciarse frente a todos los delitos incluidos en la acusación, no puede equipararse a una solicitud de absolución[239]".

(…) el alegato de la Fiscalía, en los términos del artículo 443 en cita, es trascendente para: (i) proteger los derechos de la víctima y, en general, el interés legítimo de la sociedad en que el delito sea esclarecido y sus responsables sancionados, porque, según se indicó en precedencia, ningún otro interviniente se encuentra en mejor posición para explicar por qué la teoría del caso incluida en la acusación fue debidamente sustentada; (ii) evitar la imposición de sanciones penales cuando no se reúnan los requisitos para ello, pues aunque su solicitud de absolución no es vinculante para el juez, el fiscal se encuentra en posición privilegiada para hacer notar las falencias en la demostración de su propia teoría; y (iii) desarrollar el modelo epistémico inherente al sistema acusatorio, estructurado sobre la idea de que la teoría del ente acusador sea sometida a prueba por los demás intervinientes, en orden a que el Juez cuente con suficientes elementos de juicio para tomar una decisión tan trascendente como lo es la procedencia o no de la sanción penal[240]".

4.3.19. **Participación de la víctima en los alegatos de clausura**: "(ii) La imposibilidad de que la víctima realice directamente una réplica en los alegatos de conclusión es razonable, pues éstos concentran el debate y la pugna entre la acusación y la defensa y por ello no pueden contemplar reglas que impliquen un desbalance desproporcionado de la posición del acusado como permitir que éste tenga que recibir al mismo tiempo las réplicas de varias partes e intervinientes como la Fiscalía, los apoderados de las víctimas e incluso el Ministerio Público. (iii) Lo anterior, no quiere decir que las víctimas no puedan participar en los alegatos de conclusión, pues la norma demandada permite que tengan una intervención inicial, a lo cual cabe agregar que la propia Fiscalía tiene el deber constitucional y legal de proteger los derechos de las víctimas y por ello si presenta una réplica no deberá concentrarse en la tutela del interés de la sociedad, sino también de la protección de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. (iv) La imposibilidad de que las víctimas presenten una réplica no genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal, sino que busca evitar que la defensa quede en una situación de desventaja en el debate procesal. (v) Finalmente, la imposibilidad de que las víctimas presenten una réplica a los alegatos de conclusión de la defensa no constituye un incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador, pues la ley puede limitar la participación de la víctima

[239] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 45464 de 2017.
[240] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 45464 aclaración de voto. MP: Patricia Salazar Cuellar 2017.

en la etapa de juicio oral si se afectan los rasgos esenciales del sistema acusatorio como el principio de igualdad de armas[241]".

4.3.20. Sentido del fallo:

"La jurisprudencia de la Sala, tiene dicho que el anuncio del sentido del fallo por parte del juez de conocimiento, una vez finalizado el debate público oral, constituye un acto procesal que forma parte de la estructura del debido proceso y vincula al juzgador con la decisión adoptada en la sentencia, conformando con esta una unidad temática inescindible[242]"

"Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita, debiendo, por tanto, ser coincidentes sus alcances[243]".

"En torno al anuncio del sentido del fallo y a la obligación del juez de respetarlo en el momento de la redacción de la sentencia, la Corte ha sostenido que forman parte de la estructura básica de un debido proceso. Por manera que, si el juzgador pretende desconocer o retractarse del sentido de su aviso, para variar la orientación de la sentencia, debe acudir al remedio extremo de la nulidad. Dicho enunciado cobra mayor fuerza cuando, por alguna circunstancia excepcional, es otro juez, distinta persona, el que desatiende los derroteros hechos por su antecesor[244]".

"(...) le está vedado al juez de conocimiento la modificación del sentido del fallo emitido tras la culminación del debate probatorio que pone fin al juicio oral y público, debiendo ser congruente con el contenido de dicha anunciación la decisión vertida en la correspondiente sentencia, quedando a salvo el ejercicio del derecho de impugnación que puede ser incoado por las partes e intervinientes en uso de los mecanismos de los recursos, si lo consideran pertinente, para combatir la decisión adoptada conforme al anuncio de aquel sentido del fallo emitido[245]".

"Invariable línea jurisprudencial que se mantiene hasta hoy, en la que se privilegia la total consonancia que debe existir entre la anunciación del sentido del fallo y el contenido de la decisión recogida en la sentencia, lo que revela como evidente el dislate en que incurrieron los falladores en el presente caso, como vicio generador

[241] Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2014.
[242] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 40694 de 2015.
[243] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 26222 de 2007.
[244] Corte Suprema de Justicia. Sentencia 32556 de 2010.
[245] Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP2390 de 2017.

de la nulidad, debiéndose anunciar el remedio extremo que hoy reclama el censor, respaldado por la propia Fiscalía[246]".

TIPS ACUSATORIO:

¿Si como fiscal no tengo la seguridad que voy a ganar el caso, a que voy a la audiencia?

La audiencia de juicio oral es un escenario de argumentación, no de confrontación, por ello, es fundamental llegar preparado para desarrollar todos y cada uno de los problemas inherentes. La intervención del fiscal empieza con la presentación de su teoría del caso, espacio fundamental de persuasión, en el cual se espera contundencia, concreción y perfecto dominio de los hechos jurídicamente relevantes, para evitar interpelaciones por falta de congruencia.

Posteriormente, el fiscal presenta sus testigos, cuyo orden deberá corresponder a los tipos penales por los cuales fue acusado el procesado, orden que se construye desde la audiencia preparatoria, donde revela su pertinencia, misma que debe equiparar a los hechos, aquellos hechos que el testigo deberá narrar al juez, a través de las preguntas que le formula el fiscal sobre temas concretos que espera superar con ese testigo (eso se llama oralidad), allí está el éxito del interrogatorio, saber muy bien para que llevo a dicho testigo y que espero lograr con él. Este aspecto se conoce desde la misma construcción del programa metodológico, por ello, la importancia de su elaboración con el policía judicial.

Finalmente, deberá presentar los alegatos de conclusión, nuevamente la persuasión será la finalidad del discurso, un resumen concreto de lo que pasó durante el debate oral, señalando como se probó cada hecho jurídicamente relevante y cuál es el alcance de lo relatado por los testigos y la evidencia convertida ya en prueba, esto la dará la seguridad suficiente para solicitar en representación del Estado, de la comunidad militar y policial y de la sociedad en general, una sentencia de carácter condenatorio, y por esa vía resolver el caso.

[246] En el mismo sentido, CSJ SP, 21 nov. 2012, Rad. 38518; CSJ AP, 27 feb. 2013, Rad. 40110; CSJ SP, 25 sep. 2013, Rad. 40334; CSJ SP-10400, 5 ago. 2014, Rad. 42495.